

En avgrensning av totalentreprenørens prosjekteringsrisiko



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 522

Leveringsfrist: 26.april 2011

Til sammen 15637* ord

13.07.2011

Innholdsfortegnelse

1 TEMA OG FORMÅL

1.1	Innledning og formålet med avhandlingen	1
1.2	Høringsutkastet	1
1.3	Rettskildebildet	2
1.4	Avhandlingens videre fremstilling	3

2 UTGANGSPUNKTET- TALENTREPRENØRENS PROSJEKTERINGSRISIKO

2.1	Innledning og problemstilling	3
2.2	Den tradisjonelle oppfatningen av utførelsesentreprise	4
2.3	Den tradisjonelle oppfatningen av Prosjekteringskontrakter	7
2.4	Prosjekteringsrisiko normen ved totalentreprise etter NS 8407	13

3 SVIKT INNENFOR BYGGHERRENS FUNKSJONSOMRÅDE

3.1	Innledning og problemstilling	18
3.2	Byggherrens valg av løsninger	18
3.3	Medvirkningssvikt	21
3.4	Grunnforhold	25
3.5	Undersøkelsesrisiko og opplysningsplikt	31

<u>4</u>	<u>LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER SAMT REVISJON ETTER AVTALELOVENS REGLER</u>	
4.1	Generelt om revisjonsadgangen	36
4.1.1	Bristende forutsetninger	36
4.1.2	Revisjon etter avtalelovens regler	40
4.2	Utviklingsrisikoen	42
<u>5</u>	<u>ANTATT RISIKOOVERGANG OG RISIKOPLASSERING</u>	
5.1	Innledning og problemstilling	47
5.2	Avtalt Risikoovergang	48
5.3	Risikoplassering	51
	LITTERATURLISTE	55

1 Tema og formålet med avhandlingen

1.1 Innledning og formålet med avhandlingen

Når det i det følgende er entrepriseretten og nærmere bestemt totalentreprenørens prosjekteringsrisiko som skal behandles, gjøres dette ved å fastslå hvilke risikonormer som gjelder for entreprenørens prosjektering. For å kunne avklare hvilken risikonorm som legges til grunn i en totalentreprise, vil avhandlingen ta for seg hvilken risikonorm som legges til grunn ved de to ytelseselementene som en totalentreprise kan sies å være bygget opp av. Disse ytelseselementene består av et prosjekteringsselement og et utførelsesselement.

Hovedformålet med denne avhandlingen er hvordan totalentreprenørens prosjekteringsrisiko er avgrenset sett i mot byggherrens risiko i prosjekteringen.

1.2 Høringsutkastet

Denne avhandlingen tar utgangspunkt i høringsutkastet til den nye (standarden) NS 8407. Høringsfristen på dette utkastet var 1. mars 2011. Det forventes at standarden blir vedtatt i overgangen mai - juni 2011, og det er planlagt at det skal tre i kraft den 1. juli 2011. Jeg finner det derfor mest naturlig å ta utgangspunkt i dette høringsutkastet, da den nåværende standard som regulerer totalentreprise, NS 3431, med all sannsynlighet vil være utgått når denne avhandlingen leveres.

Det følger av de innledende ord i protokollen til NS 8407 (standarden) at;

”Denne standarden har til formål å regulere kontraktsforholdet der en part(totalentreprenøren) påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen og utførelsen av et bygge- eller anleggsarbeid”¹.

Selv om utgangspunktet for denne avhandlingen er NS 8407, vil jeg ha et våkent øye for den alminnelige totalentrepriseretten. Jeg vil gjennom hele avhandlingen se hvorvidt den nye standarden avviker fra det alminnelige eller ikke, og da særlig med tanke på NS 3431.

¹ Norsk Standard NS 8407- alminnelig kontraktsbestemmelse for totalentreprise

1.3 Rettskildebildet

Entrepriseretten er en del av den alminnelige [kontraktsretten](min tilføyelse).

Utviklingen av reglene i entrepriseretten bærer tydelig preg av å følge tilsvarende regler i [kontraktsretten]. Ved avgjørelse av fortolkningsproblemer vil det derfor være relevant å se hen til hvordan tilsvarende problemer løses i den alminnelige [kontraktsretten]. Det er likevel grunn til å være oppmerksom på at det forekommer nyanser. I entrepriseretten har det i nærmere 50 år eksistert regler i standardkontraktene som har begrenset entreprenørens ansvar ut over det som ellers ville vært tilfelle, dersom man skulle anvende [kontraktsrettslige regler]².

Entrepriseretten har først i de senere år blitt gjenstand for lovregulering og da utelukkende i forbrukerforhold. Det vil si at det ikke finnes noen lovregulering av de entrepriserettslige forhold der profesjonelle parter kontraherer. For alle standarder frem til og med NS 3401 var det avtalt at tvister skulle avgjøres ved voldgift. Konsekvensen av denne voldgiftspraksisen har vært at det er lite tilgjengelig domsmateriale. Det kan være flere grunner til dette, men det vil kunne være med på å skape en noe ”hemmeligstemplett kutyme”. Mange av voldgiftsdommene er tilgjengelige, men dog ikke på langt nær alle. Voldgiftspraksisen har ikke alltid vært tilgjengelig fordi den i utgangspunktet ikke er offentlig. For øvrig foreligger det heller ikke forarbeider til standardene.

Det finnes avgjørelser fra lagmannsrettene og Høyesterett, men ikke i like stor grad som på andre rettsområder. Et utvalg av de entrepriserettslige avgjørelsene som har vært behandlet ved de alminnelige domstolene blir omtalt i denne avhandlingen.

Det foreligger naturlig nok ingen teori eller rettspraksis knyttet til den nye NS 8407, og jeg vil derfor i all hovedsak benytte meg av rettskilder som er rettet mot NS 3431 som er standarden som gjelder i dag.

² NS 8405 med kommentarer s. 46

1.4 Avhandlingens videre fremstilling

Denne avhandlingens punkt 2 redegjør for hvilken prosjekteringsrisiko som ligger til grunn i et totalentrepriseforhold. For å kunne avklare dette vil jeg ta for meg de to ytelseselementene som en totalentreprise kan sies å være bygget opp av, for så og se hvilke av disse risikonormene en totalentreprise bygger på.

Avhandlingens punkt 3 skal behandle svikt innenfor byggherrens funksjonsområde, og hvilken avgrensning dette vil ha for entreprenørens risiko.

I punkt 4 vil jeg behandle de ulike revisjonsgrunnlagene som anvendes i entrepriseretten. Deretter behandler jeg utviklingsrisikoen, og hvem som innehar risikoen for denne.

Til slutt behandles spørsmålene om avtalt risikoovergang og avtalt risikoplassering.

2 Utgangspunktet- en kort redegjørelse for totalentreprenørens prosjekteringsrisiko

2.1 Innledning og problemstilling

Tradisjonelt sett har man inndelt kontraktsforpliktelser i to hovedtyper -resultat- og innsatsforpliktelser. Når vi nå skal plassere totalentreprenørens prosjekteringsrisiko vil jeg kort se på to motpoler. Den ene er rene prosjekteringskontrakter som er behandlet i denne avhandlingens punkt 2.3. Den andre er utførelsesentreprisen som behandles i avhandlingens punkt 2.2. Deretter skal jeg forsøke å plassere totalentreprisen som inneholder begge disse ytelseselementene.

Forskjellen ligger først og fremst i hvordan ytelsene er beskrevet. I utførelsesentreprisen blir de enkelte elementer i arbeidet beskrevet i detalj. I totalentreprise derimot beskriver byggherren hvilket resultat og/eller funksjon han ønsker, og det blir opp til entreprenøren å finne ut av hvilke løsninger og hvordan han skal levere dette for å oppnå dette resultatet. Hva som menes med funksjonskrav er angitt i NS 3431 punkt 2.6 og blir beskrevet slik;

”Med funksjonskrav mener etter denne standarden spesifiserte krav til byggets eller anleggets egenskaper, anvendelse, holdbarhet, drift, vedlikehold og lignende som konstateres ved måling, prøving eller bruk.”³

Det grunnleggende spørsmålet i totalentreprisen er om prosjekteringselementet skal følge synspunktet for entreprisekontrakter, det vil si som rene resultatforpliktelser eller om det skal følge betraktningsmåten for rene prosjekteringskontrakter og anses som innsatsforpliktelser.

2.2 Den tradisjonelle oppfatningen av utførelsesentreprise

2.2.1 Innledning og problemstilling

Utførelsesentreprisen kan også kalles en resultatforpliktelse. I dette ligger at det er et bestemt resultat som skal frembringes. Denne entrepriseformen innebærer at entreprenøren påtar seg selve utførelsen av det bygg- eller anleggsarbeidet som kontrakten omfatter, og hvor det vesentlige av tegninger, beskrivelser og beregninger skal leveres av byggherren. I en utførelsesentreprise bærer ikke entreprenøren risikoen for at de beskrevne arbeider fungerer slik byggherren har forutsatt. Entreprenøren har påtatt seg arbeidet med å forestå selve utførelsen av det som følger av kontraktsdokumentet. Det må antas at den prosjekterende delen av arbeidet som består av arkitekter, rådgivere og ingeniører har prosjektert noe som fyller de krav til funksjon som byggherren ønsker.

Problemstillingen er hvilken risikonorm som legges til grunn i en utførelsesentreprise.

Når det gjelder utførelsesentreprise, er det med hensyn til risikospørsmålet naturlig å ta utgangspunkt i NS 8405 punkt 11.1 som regulerer entreprenørens ytelser;

*”Kontraktsarbeidet skal oppfylle de krav som er angitt i kontrakten. Er ikke kvalitetskrav til materialer og utførelse angitt i kontrakten, gjelder slike kvalitetskrav som er vanlige for tilsvarende arbeider”.*⁴

³ NS 3431 punkt 2.6

Ut i fra en ren språklig tolkning av ordlyden i bestemmelsen skal kontraktsarbeidet følge ”kravene som er angitt i kontrakten”. Dette gir ingen klar føring på risikonormen utover at det er de avtalte krav som skal følges. Videre fremkommer det av bestemmelsen at dersom det ikke er angitt kvalitetskrav i kontrakten, ”gjelder kvalitetskrav som er vanlige i bransjen”. Dette kan virke som en sikkerhetsventil for de faglige krav som stilles. Ved at det ikke følger av kontraktsdokumentene kan byggherren forvente at vanlige bransjekrav følges. Dette vil i tillegg kunne gi en angivelse av at risikonormen fastsettes ut i fra rene objektive kriterier.

Juridisk teori

Tolkningen ovenfor synes å få støtte fra ”kommentarutgaven” til NS 8405. I kommentarutgaven blir rammene for bestemmelsen trukket opp slik;

”Punkt 11.1 uttrykker forpliktelsen til å oppfylle de krav som er angitt i kontrakten. Bestemmelsen fastslår også hva byggherren kan forlange dersom kontrakten ikke oppstiller kvalitetskrav. Bestemmelsen fastslår entreprenørens utførelsesforpliktelse. I tredje ledd kodifiseres entreprenørens generelle aktsomhetsplikt, det vil si plikten til å unngå skade eller fare for skade.”⁵

Dette videreføres ved ”kommentarutgaven” til NS 8405, som angir hvilke kvalitetskrav som stilles til ytelsen og viser i tillegg til standarden som NS 8405 avløste nemlig NS 3401. Kvalitetskravene som ble stilt til ytelsen var etter denne standarden bedre spesifisert. Kravene som ble stilt lyder slik;

”I henhold til bestemmelsen i NS 3401 punkt 12 skulle arbeidet ”være nøyaktig, solid og fagmessig utført.” Dette gjelder utvilsomt som et generelt prinsipp. Dette vil si at de metoder som regelmessig og sedvanemessig brukes innenfor et området, bør brukes dersom det ikke er forhold som taler for noe annet. Videre må det være et krav om at alminnelig ”god byggeskikk” følges”⁶.

⁴ NS 8405 punkt 11.1

⁵ NS 8405 med kommentarer s. 140

⁶ NS 8405 med kommentarer s. 142

De begrepene som NS 3401 anvender: ”nøyaktig, solid og fagmessig utført” må sies å være en gjengs oppfatning av hvilke generelle krav som stilles til ytelsen også i dag. Dersom det ytes på tvers av dette ”prinsipp” som NS 3401 påpeker, vil det etter min mening foreligge en mangel. Det vil i tillegg være rimelig å anta at byggherrens berettigede forventninger kan sies å lede ut i fra dette utgangspunkt.

Barbo har i sin bok ”Totalentreprise” definert mangelsbegrepet og det kan sies å være en motsetning til kommentaren til standarden som nevnt ovenfor i og med at den er negativt avgrenset. Barbo fremholder at der foreligger en mangel når;

”En kontraktsrettslig mangel ved prosjekteringen kan sies å foreligge når prosjekteringsytelsen avviker fra byggherrens berettigede forventninger. Dette leder til at mangelsbedømmelsen må spaltes opp i to spørsmål: for det første hva byggherren i henhold til kontrakten kan forvente av entreprenørens ytelse, og dernest hva som faktisk er ytet. Det siste spørsmålet refererer seg til bevisvurderingen, og vil ikke videre bli behandlet her”⁷.

Juridisk teori er således relativt entydige på at de krav som stilles til kvaliteten på ytelsen skal oppstilles etter en objektiv norm. Ordlyden i bestemmelsen trekker også i samme retning ved at ordlyden angir rammene ved vanlig bransjepraksis. Det finnes ikke noen holdepunkter i ordlyden for at det skal oppstilles krav til noen culpavurdering.

Rettspraksis

Dette synet om at det er den objektive risikonormen som bør legges til grunn støttes i noe grad i byggmesterdommen inntatt i Rt 1968 s.783. Denne dommen omhandler en byggemetode som ble ansett som alminnelig på byggetidspunktet. Høyesteretts medlemmer bemerker seg dette om den objektive risikoen;

”Det objektive må være at man fastslår at Stensen ved å påta seg oppføringen av huset skulle ha garantert byggherrene mot et slikt skadeforløp. Etter min

⁷ Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisiko s. 31-32

mening må man legge til grunn at Stensen har forpliktet seg til å oppføre et hus etter de regler som da gjaldt og med den byggeskikk som man da anså forsvarlig, og jeg finner ikke grunnlag for å anta at han overfor byggherrene skulle ha pådratt seg et videregående ansvar for den skadeutvikling som har funnet sted”⁸.

Det følger ikke direkte av ordlyden i NS 8405 punkt 11.1 hvilken risikonorm som legges til grunn. Bestemmelsen viser til ”kvalitetskrav som er vanlige i bransjen”. Det er derfor mest nærliggende å tolke ordlyden dit hen at det er tale om objektive krav. Det finnes ikke krav til faglig forsvarlighet som det følger av risikonormen til prosjekteringsytelsen som jeg behandler i denne avhandlingens punkt 2.3. Kravene som stilles er generelle og av allmenn art, dette trekker i retning av en objektiv risikonorm. Dette støttes av juridisk teori og rettspraksis.

Reelle hensyn

Som beskrevet ovenfor er den juridiske teori relativt entydig på at risikonormen bør være objektiv risiko. Altså at den som er nærmest til å bære risikoen, bør bære denne. Det er vanskelig ut i fra reelle hensyn å komme til en annen konklusjon. Bestemmelsene i seg selv gir ingen entydige svar, men at dette er ensidig profesjonelle parter bør hensyntas. Derav bør det heller ikke pålegges noe krav til skyld hos entreprenøren. På bakgrunn av dette bør det oppstilles en resultatforpliktelse for entreprenøren. Dette synet støttes av Barbo og Sandvik i noe varierende grad.

Konklusjon

Utførelsesentreprisen er grunnleggende sett en objektiv norm

2.3 Den tradisjonelle oppfatningen av prosjekteringskontrakter

2.3.1 Innledning og problemstilling

Rene prosjekteringskontrakter kan også omtales som en innsatsforpliktelse. Ved innsatsforpliktelser er utgangspunktet at det ikke kreves at man leverer et bestemt resultat, det avgjørende er at man yter en faglig god innsats. Oppdragsgiver er

⁸ Rt 1968 s. 783- Byggmesterdommen

naturligvis ute etter et resultat når han inngår en kontrakt om prosjektering, men den prosjekterende skal ikke frembringe noe som er eksakt beskrevet. Han skal prosjektere noe oppdragsgiver har beskrevet i en ytelses- eller funksjonsbeskrivelse.⁹ Det vil i denne prosessen kunne være mange alternativer som i og for seg er alle like gode. Disse ytelses- og funksjonsbeskrivelsene er for oppdragsgiver av subjektiv art. Dette vil innebære at det ikke vil være mulig å finne noen generell objektiv optimal løsning. Dette fører igjen til at det vil være vanskelig å fastsette optimale løsninger på alt.

Problemstillingen er hvilken risikonorm som legges til grunn i prosjekteringskontrakter etter NS 8401.

Det følger av(standarden) NS 8401 punkt 13.1 at det kreves aktsomhet og krav til forsvarlig handlemåte for at noe skal anses som en mangel(feil).

”Det foreligger prosjekteringsfeil når oppdraget ikke er utført i samsvar med kontrakten og dette skyldes at kravet til faglig forsvarlig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt.”¹⁰

Dette i seg selv gir ikke avgjørende og entydige svar på selve misligholdsspørsmålet. Ordlyden i bestemmelsen viser til at det kreves ”aktsomhet og faglig forsvarlighet”. Dette trekker i retning av at vi ikke taler om en objektiv risikonorm. Dette kravet til ”faglig forsvarlighet” skiller NS 8401-prosjekteringskontraktene fra de øvrige standardene jeg har behandlet og skal behandle i denne avhandlingen.

Det følger av bestemmelsen at oppdraget skal ”utføres i samsvar med kontrakten”. Dette innebærer at den prosjekterende kun hefter for feil som ligger innenfor det avtalte oppdraget.

⁹ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 5

¹⁰ NS 8401 punkt 13.1

Juridisk teori

Som jeg nettopp har gitt uttrykk for viser det seg at profesjonsansvaret er bygget på en annen risikonorm enn den tidligere nevnte utførelsesentreprisen. Det er avviket fra den forsvarlige yrkesutøvelse som betinger ansvar.

Peter Lødrup gir i sin bok ”lærebok i erstatningsretten” en angivelse av forsvarlighetskravet til profesjonsutøvelse, og han angir det slik;

”Det er neppe tvilsomt at kravet til aktsomhet og forsvarlighet i norsk rett er satt høy, se senest Rt 2003 s. 400 Fearnley dommen. At vedkommende må vedlikeholde sine kunnskaper og være faglig oppdatert til enhver tid, er ikke tvilsomt. Ved vurderingen av om ansvar skal inntre, er det ikke minst de forventninger som bør stilles som står sentralt: Hva må oppdragsgiveren kunne forvente av profesjonsutøveren? Denne problemstillingen er også relevant ved fastleggelsen av culpanormen i sin alminnelighet, og blir ved profesjonsansvaret det naturlige utgangspunktet, som styrkes ved det kontraktsrettslige element”¹¹.

For at prosjekteringsfeil skal foreligge, er det et krav om at ” oppdraget ikke er utført i samsvar med kontrakten”, jfr. punkt 13.1 første ledd. Ordlyden tilsier at det må foreligge et objektivt avvik fra den prosjekterendes forpliktelser etter kontrakten. Det vil si at utgangspunktet for en vurdering av om det foreligger riktig oppfyllelse eller et avvik, vil være en sammenligning av prestasjonsplikten etter kontrakten og den faktiske ytelsen¹². I forhold til NS 8401 punkt 13.1 første ledd innebærer dette en sammenligning av det som fremgår av ”oppdraget”, og kvaliteten av de ytelsene som den prosjekterende faktisk har levert.¹³

Dette støttes av Vagner som fremholder at en prosjekteringsfeil kort kan angis slik;

¹¹ Lødrup, Peter, Lærebok i erstatningsrett 5.utgave s. 131

¹² Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 4

¹³ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 5

”Det skal endvidere være i overensstemmelse med aftalen, og der skal i enhver henseende være prosjekteret i overensstemmelse med prosjekteringstidens viten og under iakttagelse av god prosjekteringsskikk, hertil kommer, at det må stilles betydelige krav til prosjektets klarhet- det skal være uttømmende, utvetydig og forståelig. Det foreligger tallrike afgjørelser, hvorav det direkte eller forutsetningsvis fremgår, at den tekniske rådgiver kan blive ansvarlig, hvis prosjektet ikke lever opp til disse krav”¹⁴.

Det lar seg ikke direkte utlede av ordlyden om det kan stilles noen nedre grense for hva som kan anses for avvik. Dette leder til at det er nærliggende å innfortolke alle objektive avvik.

I ordlyden” kravet til faglig forsvarlig handlemåte eller aktsomhet ikke er overholdt” ligger det et krav om at det kontraktsrettslige avviket må skyldes klanderverdige forhold hos den prosjekterende. Den prosjekterendes faktiske handling samsvarer ikke med den handlemåte han burde ha fulgt. Bestemmelsen fastsetter derfor et krav om culpa.¹⁵

Dette kravet til culpa skiller NS 8401 fra NS 8407 og NS 3431, som regulerer totalentreprisen, hvor man opererer med en objektiv risiko for mangler. Bakgrunnen for skillet må søkes i hvilken type forpliktelse det er tale om. I teorien har man trukket en grense mellom resultat- og innsatsforpliktelser.

I juridisk teori er det hevdet at ansvaret vil være strengere desto nærmere man er kjernen av profesjonen. Synspunktet innebærer at terskelen for når den prosjekterende har handlet uaktsomt, vil variere av om man er i kjerneområdet av hans profesjon, eller de mer perifere oppgaver¹⁶. Heimdal gir et godt eksempel in sin artikkel ” når prosjekteringsfeil foreligger” på om hvorvidt terskelen vil variere av om man er innenfor eller utenfor kjerneområdet til den prosjekterendes profesjon, og han fremholder det slik;

¹⁴ Vagner, Hans Henrik, Entrepriserett s. 218

¹⁵ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 4

¹⁶ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 7

”La oss tenke oss et tilfelle hvor oppdragsgiver har gitt prosjekteringsoppdraget til et arkitektfirma. Det fremgår klart av oppdraget at det også skal foretas statistiske beregninger. Dersom påstanden ovenfor er rett, skal det stilles mindre krav til de statistiske beregningene som arkitektfirmaet utfører, enn om beregningene hadde vært gjort av en ingeniør (statistiske beregninger må antas være i kjerneområdet av en ingeniørs profesjon). Sterke grunner trekker i retning av at påstanden ikke kan opprettholdes”¹⁷.

Høyesterett har uttalt at begrenset erfaring og/eller kompetanse ikke er relevant ved aktsomhetsvurderingen for profesjonsutøvere. Dette støttes av Brunsvig som fremholder at det samme gjelder ved skipsbygging;

”Det gjelder for skipskonstruktører som for andre profesjonsutøvere at de må kjenne og erkjenne sin egen faglige begrensning. Hvis en skipskonstruktør får konstruksjonsoppdrag som forutsetter spesialkunnskaper, må han henvise oppdragsgiveren til en spesialist eller selv etablere samarbeid med en spesialist”¹⁸

Som det nettopp er blitt vist til, vil det ikke ha betydning av om det avtalte oppdraget ligger i kjernen av den prosjekterendes profesjon, eller noe mer perifer. Det stilles de samme krav til aktsomhet uavhengig av kjerneområde til den prosjekterende. Dette vil være relativt uproblematisk og etter mitt skjønn helt logisk. Den som gir den prosjekterende sitt oppdrag vil med stor sannsynlighet også kunne anta at dersom vedkommende mangler kunnskap, bør han gi oppdraget videre, eller sette det bort til noen som innehar den kunnskapen som trengs. På denne måten vil sluttresultatet bli best for kunden samt at man ville unngått usikkerhet for kunden, dersom rammene kun skal trekkes innenfor eller utenfor den prosjekterende profesjonskjerne. Det vil for kunden kunne herske usikkerhet på hva som kan sies å være kjernen eller de mer perifere områdene til den prosjekterende.

¹⁷ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 7

¹⁸ Brunsvig, konstruksjonsansvar ved bygging av skip (1973)

Rettspraksis

Rettstidende 2004 s.1887-molodommen, er imidlertid i strid med forståelsen lagt til grunn ovenfor hva angår oppdragets rammer. Avgjørelsen er ankebehandlet av LA-2002-1495. Saken gjaldt spørsmål om erstatningsansvar på grunnlag av feil ved prosjekteringen av en molo. Følgende rettslig utgangspunkt ble lagt til grunn av lagmannsretten;

”Aktsomhetskravet innebærer at profesjonsutøveren etter omstendighetene også kan gjøres erstatningsansvarlig for forhold som er perifere i forhold til oppdraget, eller endog ligger utenfor oppdragets rammer”¹⁹

Lagmannsretten kom til at Multiconsult var erstatningsansvarlig for prosjekteringsfeil. Multiconsult anket over bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Som en ny og supplerende anførsel for Høyesterett ble det gjort gjeldende at ansvaret skulle vært lempet ut i fra friere avveininger av partenes interesser. Høyesteretts Kjæremålsutvalg tillot anken fremmet for spørsmålet om lemping av ansvaret. For øvrig ble anken nektet fremmet. Man fant ikke grunnlag for å tillate anke på bakgrunn av feil rettsanvendelse. Dette trekker i retning av at ankeutvalget var enige i lagmannsrettens uttalelse²⁰. Den rettskildemessige verdien av en nektet anke er dog noe begrenset. Videre gjaldt saken spørsmål om erstatning for et forhold som var en del av oppdraget. Dette leder til at uttalelsen ikke var nødvendig for å avgjøre saken, og Heimdal uttrykker seg slik om uttalelsen;

”Uttalelsen var dermed ikke nødvendig for å avgjøre saken, et obiter dictum. Uttalelsen er ikke begrunnet og har karakter av å være en ”slengbemerkning”²¹

Synet som er lagt til grunn i den omtalte molodommen hva angår oppdragets rammer støttes ikke av Vagner. Han fremholder i sin bok at ansvaret må trekkes ved oppdragets rammer;

¹⁹ Rt 2004 s. 1887

²⁰ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 1

²¹ Heimdal, Stian, TFEi-2 profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger prosjekteringsfeil? s. 1

”At det er avgjørende, om en rådgivningsydelse falder inden for eller uden for aftalen”²²

Også øvrige forfattere har lagt til grunn at oppdragets rammer er det avgjørende.

Konklusjon

Det følger av ordlyden i NS 8401, at ansvarsgrunnlaget som kreves er culpa. Det kan viere konkluderes med at oppdragets rammer er det avgjørende.

2.4 Risikonormen ved totalentreprise etter NS 8407

2.4.1 Innledning og problemstilling

Slik jeg har beskrevet i denne avhandlingens punkt 2.3 og 2.4, er risikonormen noe forskjellig avhengig av hvilket av ytelselementene som behandles. Jeg skal i det følgende ta stilling til hvorvidt risikonormen ved totalentreprise følger risikonormen ved utførelseelementet eller om det følger risikobetraktningen for prosjekteringselementet.

Problemstillingen blir hvilken risikonorm som legges til grunn i en totalentreprise.

Det naturlige ved fastsettelsen av hvilke risikonorm som gjelder ved totalentreprise vil være å gå til NS 8407 og standardens punkt 42.1 som regulerer mangler. Bestemmelsen angir at det foreligger en mangel ved kontraktsgjenstanden dersom;

”Det foreligger en mangel dersom kontraktsgjenstanden ved overtagelse ikke oppfyller kravene etter punkt 14, og dette skyldes forhold totalentreprenøren svarer for”²³

Dersom vi ser på bestemmelsen i punkt 14, følger det av denne at kontraktsgjenstanden skal overleveres i overensstemmelse med ”avtalte krav”, og ellers i henhold til ”gjeldende norsk standard og allment aksepterte normer”. De avtalte krav som

²² Vagner, Hans Henrik, Entrepriserett s. 218 følgende

²³ NS 8407 punkt 42.1

bestemmelsen refererer seg til er kontrakten som foreligger mellom partene. Det er kun dersom det ikke er avtalt krav at ytelsen skal være i henhold til Norsk standard og allment aksepterte normer. Disse allment aksepterte normene vil derfor virke som en sikkerhetsventil for den faglige kvaliteten på ytelsen. Ut i fra en ren språklig forståelse av ordlyden, vil det kunne utledes av bestemmelsen at mangelsbedømmelsen foretas på et objektivt grunnlag. Dette samsvarer også med risikonormen lagt til grunn i utførelsesentreprisen.

Videre følger det av NS 8407 punkt 15 at;

”Prosjektering, herunder materialvalg, og utførelse skal være i henhold til avtalte krav til prosessen, og for øvrig etter Norsk Standard og allment aksepterte normer. Totalentreprenøren skal kunne dokumentere at han følger en faglig forsvarlig kvalitetssikringsprosedyre for gjennomføring av prosjekteringen og utførelsen”.

Ordlyden i NS 3431(dagens standard) på prosjekterings og utførelsespunkt 12.3, er som følger;

*”Prosjektering og utførelse skal være i overensstemmelse med gjeldende norsk standard og for øvrig etter allment aksepterte normer”.*²⁴

Dette fører til at det er på det rene at totalentreprenøren svarer for prosjekteringen, dette følger av punkt 16.1 i NS 8407. Det finnes ingen særlige unntak for prosjekteringen. Det vises til bestemmelsens angivelse av ”avtalte krav” i punkt 14.1 i NS 8407, der det ikke er tale om en objektiv norm, men en resultatforpliktelse. Dette leder igjen til at man kan todele risikonormen, ved resultatkrav som følger av lov og forskrift så gjelder en resultatforpliktelse også ved prosjekteringen. Dersom det ikke finnes lovfastsatte krav, syntes det å fremkomme av standarden at man skal følge alminnelige faglige forsvarlige krav, som man kan se av punkt 15 andre ledd i NS 8407. Hvilket gir uttrykk

²⁴ NS 3431 punkt 12.3

for en innsatsforpliktelse, nemlig at totalentreprenøren skal gå frem på en faglig forsvarlig måte.

Det lar seg ikke direkte utlede av standarden hvilken risikonorm som legges til grunn. Det er slik jeg ser det ingen vesensforskjell mellom bestemmelsene i den nye contra den gjeldende standarden. En prosjekteringssvikt vil som oftest skyldes forhold som ligger innenfor entreprenørens "rådighetssfære", uten at entreprenøren nødvendigvis kan bebreides for at svikten oppstod.

Juridisk teori

Barbo fremholder at problemstillingen ved totalentreprenørens prosjekteringsrisiko trekkes ved forholdet mellom ytelsesplikten og vederlagskravet, og han anfører det slik;

*"Når det i det følgende er totalentreprenørens prosjekteringsrisiko som skal behandles, blir problemstillingen sammenhengen mellom entreprenørens ytelsesplikt og hans vederlagskrav, eller med andre ord hva entreprenøren plikter å yte for å oppnå det avtalte vederlag"*²⁵.

Barbo går i tillegg inn på risikoutvidelsen som følger av at det avtales en totalentreprise contra kun ett av ytelseselementene. Han fremholder at risikoen utvides betraktelig, da entreprenøren vil ha risikoen for begge ytelseselementene.

*"Ved tradisjonell entreprise, med prosjektering på byggherresiden, vil entreprenøren ha resultatrisikoen når årsaken til en eventuell resultatsvikt ikke foreligger i prosjekteringen i form av uheldig metodevalg, feil i byggetegninger eller lignende. Se eksempelvis NS 3401 pkt 10.5. Ved totalentreprise vil derimot entreprenørens risiko område utvides betraktelig. Entreprenøren vil her i utgangspunktet ha risikoen for at det forventede resultat oppnås, uten begrensninger med hensyn til årsaken til en eventuell resultatsvikt. Og at et resultat oppnås, innebærer i realiteten at byggeobjektet innehar visse egenskaper eller funksjoner- når dette begrepet brukes i vid forstand"*²⁶.

²⁵ Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 28

²⁶ Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 53

Sandvik har i sine fremstillinger antydnet at det formelle ansvarsgrunnlaget er et objektivt ansvar. Dette støttes av byggebransjens faglige juridiske råd i Bergen. Ved en gjennomgang av deres uttalelser viser det seg at rådet aldri har ilagt entreprenøren prosjekteringsrisikoen ut i fra en culpavurdering. Rådet har tilsynelatende rent objektive kriterier til grunn for risikovurderingen²⁷. Dette støttes i tillegg av Barbo som fremholder at dersom prosjekteringen anses som en entrepriseytelse, ilegges risikoen på et rent objektivt grunnlag;

”Hvis prosjekteringsytelsen anses for å være en konsulent ytelse må det, som for konsulentkontrakter for øvrig, kreves culpa fra entreprenørens side for at han skal kunne pålegges risikoen for prosjekteringssvikt eller uforutsette omstendigheter. Hvis prosjekteringsytelsen anses for å være en entrepriseytelse ilegges risikoen på et rent objektivt grunnlag”²⁸.

Tore Sandvik har i sine kommentarer til NS 3401 gitt uttrykk for at ansvaret bør bygge på et objektivt grunnlag. Standarden Sandvik kommenterer er ikke en totalentreprise, men kan være med på å kartlegge risikonormen. Sandvik skriver i ovennevnte kommentarutgave at;

”Ved at standarden ikke regulerer spørsmålet om erstatningsansvar, stiller den seg også åpent om ansvar kan gjøres gjeldende på et objektivt grunnlag, eller om det prinsipielt er betinget av skyld. Det er også klart at en ville få et lite naturlig og hensiktsmessig system dersom en skulle måtte foreta både en culpa- og en force majeure vurdering i samme sak. Etter dette må det antas at erstatningsansvar ikke kan anses betinget av at det foreligger skyld”²⁹.

Juridisk teori er også her entydige på at det er den objektive risikonormen som bør legges til grunn. Dette støttes av ordlyden i bestemmelsen, som i likhet med utførelsesentreprise angir at kravene som stilles skal være i henhold til allment

²⁷ Barbo, Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 41-42

²⁸ Barbo, Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 39

²⁹ Sandvik, Tore, Kommentarer til NS 3401 s. 91 flg.

aksepterte normer og i henhold til Norsk standard. Dette trekker i retning av at ordlyden og juridisk teori anser at risikonormen skal følge betraktningsmåten som for utførelsesentreprisen, altså en resultat forpliktelse.

Rettspraksis

Høyesterett har ikke avsagt noen dommer som direkte vedrører totalentreprise-risikonormen. Men det fremkommer av juridisk teori, slik som beskrevet ovenfor, at det illegges ansvar ut i fra en objektiv risikonorm.

Det er ikke noe forskjell i ordlyden i NS 8405 contra NS 8407, begge bestemmelsene refererer seg til begrepet ”allment aksepterte normer”, og begge risikonormene bygger på en objektiv risikobetraktning. Dette trekker i retning av at risikonormen ved totalentreprise etter NS 8407 ikke bør følge betraktningsmåten som følger av rene prosjekteringskontrakter, men bør følge risikonormen for utførelseskontrakter.

Tolkning og Reelle hensyn

En totalentreprise innebærer at totalentreprenøren påtar seg hele eller vesentlige deler av prosjekteringen, det ville derfor vært problematisk om ansvaret skulle deles opp å følge de ulike ytelseselementene. Utgangspunktet for en utførelsesentreprise er det objektive ansvaret i henhold til min avhandling punkt 2.3. Det er derfor mest naturlig og følge denne betraktningsmåten selv om ytelseselementene slås sammen.

Det er slik jeg ser det også det mest nærliggende dersom en tar ordlyden i betraktning. Videre bør det vektlegges at dette er avtaleforhold mellom to utelukkende profesjonelle parter, og det i seg selv bør etter mitt skjønn trekke i retning av at risikonormen ikke bør være betinget av culpa.

Konklusjon

Prosjekteringsrisikoen i totalentreprise er en objektiv risikonorm og følger grunnleggende sett betraktningsmåten for resultatforpliktelsene.

3 Svikt innenfor byggherrens funksjonsområde

3.1 Innledning

I en totalentreprise er det som hovedregel entreprenøren som skal forestå valg av løsninger og prosjektering. Det vil også som hovedregel, dersom ikke annet er avtalt, være entreprenøren som leverer materialer og lignende til prosjektet. I det følgende skal jeg se på hvordan totalentreprenørens risiko vil være avgrenset på grunnlag av at det svikter innenfor byggherrens funksjonsområde. Dette kan lede til at vi står ovenfor en situasjon der løsningene som totalentreprenøren har fremmet objektivt sett er feil eller uheldige. Men når vi går inn i årsaken til dette kan det skyldes forhold byggherren har risikoen for. Dette kan lede til en avgrensning av totalentreprenørens risiko.

3.2 Byggherrens valg av løsninger

3.2.1 Innledning og problemstilling

I det følgende skal jeg behandle spørsmålet om hvem som skal bære risikoen for byggherrens valg av løsninger og annen prosjektering, når det viser seg at det er svikt i grunnlagsmaterialet som byggherren har gitt entreprenøren.

Problemstillingen blir om byggherrens valg av løsninger vil avgrense totalentreprenørens risiko?

Det vil være naturlig når jeg skal behandle byggherrens valg av løsninger å gå til standarden og se hvordan NS 3431 og NS 8407 behandler spørsmålet. Det følger av NS 8407 punkt 24.1 at;

”byggherren har risikoen for valg av løsninger og annen prosjektering som enten fremgår av kontraktsdokumenter utarbeidet av ham, eller som han etter kontraktsinngåelse pålegger totalentreprenøren å følge”.³⁰

Byggherren har risikoen for løsningene og prosjekteringen som enten ”fremgår av kontraktsdokumentene utarbeidet av han selv”, eller som han ”etter kontraktsinngåelsen pålegger totalentreprenøren å følge”. Dette leder til to ulike

³⁰ NS 8407 punkt 24.1

situasjoner: Det som fremkommer av kontraktsdokumentene, eller der det blir pålagt etter kontraktsinngåelsen, altså før og etter kontraktsinngåelsen. Risikoen kommer her klart frem av ordlyden i bestemmelsen, og risikoen påhviler byggherren. Videre følger det av NS 8407 punkt 22.4 tredje ledd at dersom byggherren;

”krever at totalentreprenøren benytter seg av navngitte materialer eller produkter, anses dette som valg av løsninger og annen prosjektering”³¹.

Dette fører også til en avgrensning av entreprenørens risiko. Det følger ikke direkte av ordlyden hvilken risikonorm som legges til grunn, men i og med at det vises til hva som fremkommer av kontraktsdokumentene, er det naturlig at alle objektive avvik fra kontrakten omfattes. Det ville i tillegg gitt liten mening om risikoen for avvikene skulle vært betinget av skyld hos byggherren.

Totalentreprenørens risiko avgrenses videre ved NS 8407 punkt 42.1 annet vilkår. Bestemmelsen angir her *”det som er en påregnelig følge av den opprinnelige mangelen”*. Det vil si at dersom det skulle vise seg at løsningen til totalentreprenøren inneholder feil og/eller mangler, men dette kan tilbakeføres til forhold i byggherrens risikofære, vil ikke totalentreprenøren hefte for svikten.

Dagens standard stiller seg ikke annerledes enn NS 8407. Det fremgår av NS 3431 punkt 33.1 som angir byggherrens rett til valg av løsninger og annen prosjektering at;

”Byggherren har rett til i overensstemmelse med punkt 33.2 å pålegge totalentreprenøren endringer i prosjekteringen og utførelsen. Endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art. Endringene kan blant annet gå ut på så vel pålegg om tilleggsarbeid som reduksjon av arbeidets omfang”³².

³¹ NS 8407 punkt 22.4

³² NS 3431 punkt 33.1

Ordlyden i NS 3431 innebærer ikke noen vesensforskjell i forhold til NS 8407.

Risikonormen etter NS 3431 er som det følger av ordlyden, en objektiv risikonorm.

Dette punktet om byggherrens valg av løsninger må ses i sammenheng med punkt 24.2.2 i NS 8407- Kontroll, varsling og svar. Bestemmelsen det her refererer seg til angir at det finnes en varslingsfrist og svarfrist. Disse fristene er av stor betydning, da en oversittelse av fristen vil innebære en risikoovergang.

Bestemmelsen i NS 24.2.2 i NS 8407, gir en preklusiv frist. Dette innebærer at dersom totalentreprenøren eller byggherren ikke forholder seg til de gitte fristene, vil risikoen bli hos den fristoversittende. Det at fristen er preklusiv innebærer at det er gitt en frist til svar, og dersom svar ikke kommer, eller kommer for sent vil det ikke bli tatt hensyn til, og således prekluderes. En preklusiv frist kan sies å være en konsekvens av at det er stort behov for å få en rask oversikt over risikoelementene i et entrepriseforhold, og det at det er fastsatt en frist til svar innebærer at det skaper en bevissthet og sikkerhet hos begge parter. En risikoovergang som følge av en fristoversittelse, vil innebære at risikoen fullt og helt er gått over til den fristoversittende part, og alle muligheter for påberopelse av mangler på det fristoversittende element er bortfalt. Dette skaper et incentiv til å hele tiden være ”på vakt” og ha en dialog kontraktspartene i mellom.

Dersom det viser seg at byggherrens medvirkningssvikt vil føre til ekstra tidsbruk, vil det kunne kreves fristforlengelse jfr. NS 3431 punkt 22.1. Dette innebærer at dersom det viser seg at prosjektet vil ta lenger tid en forutsatt og dette er grunnet i forhold totalentreprenøren ikke svarer for, kan den avtalte ferdigstillelsesfristen forskyves med tilsvarende lang tid som hinderet har skapt for entreprenøren. Dette kravet om fristforlengelse skal fremsettes for byggherren i et varsel jfr. punkt 22.5 i NS 3431. Dersom byggherren ikke svarer på varselet innen 21-dager, anses han for å ha godkjent kravet om fristforlengelse. Videre følger det at dersom byggherren motsetter seg et berettiget krav om fristforlengelse, vil entreprenøren kunne kreve forsering dersom ikke utgiftene ved dette blir uforholdsmessig store. Altså ingen ubetinget rett til forsering, men i utgangspunktet en rett. Forsering vil si at entreprenøren forserer problemene og de ekstra kostnadene som følger av dette skal byggherren belastes for. Unntaket for kravet til fristforlengelse er dersom entreprenøren burde tatt den uforutsette hendelsen i

betraktning ved kontraktsinngåelse, eller med rimelighet unngått eller overvunnet følgende av hindringen.

Juridisk teori

Hvor langt entreprenørens undersøkelsesplikt(kontrollplikt) går, har blitt behandlet av Sandvik, og han anfører det slik;

”Hvor langt det her blir tale om noen egentlig plikt for entreprenøren til undersøkelse av leveranser mottatt fra byggherren, lar seg ikke angi generelt. Når bestemmelsen anvender den formuleringen at reservasjonen gjelder forhold han burde oppdage, er det imidlertid for å markere at det ikke er meningen å instruere noen spesiell undersøkelsesplikt for disse tilfellene”³³.

Reelle hensyn

Denne preklusive fristen i bestemmelsen har gode grunner for seg, da det vil skape kontinuitet og forutsigbarhet i prosessen. Det er plikter og rettigheter i alle kontraherings prosesser, og det er viktig at disse overholdes, om ikke må konsekvensene bæres. Bestemmelsen er i ordlyden klar, og risikoen er klart fordelt. Risikofordelingen etter bestemmelsen følger funksjonsfordelingsprinsippet. Dette prinsippet blir ytterlig angitt senere i denne avhandlingen.

Konklusjon

Risikoen for valg av løsninger som er foretatt og /eller pålagt av byggherren, påhviler i normaltilfellene byggherren forutsatt at varslingsplikten og kontrollplikten til entreprenøren er overholdt.

3.3 Svikt ved byggherrens medvirkning

3.3.1 Innledning og problemstilling

Totalentreprenørens risiko for medvirkningssvikt er imidlertid avgrenset, han hefter ikke for forhold og/eller avvik som skyldes medvirkningssvikt hos byggherren.

³³ Sandvik, Tore, Kommentarer til NS 3401 s. 165

Risikoen kan være avgrenset av at det svikter innenfor byggherrens område. Vi står her ovenfor en situasjon som er lik denne avhandlingens punkt 3.2. De samme avgrensningene vil kunne gjøre seg gjeldende dersom det svikter i byggherrens medvirkning ut over det som det vil være grunn til å forvente.

Problemstillingen blir om hvorvidt svikt i byggherrens medvirkning vil kunne avgrense totalentreprenørens risiko.

Når jeg skal behandle og redegjøre for risikoen for byggherrens valg av materialer, finner jeg det naturlig å starte i standarden NS 8407 punkt 22.4, som regulerer det aktuelle forholdet;

”Byggherren skal levere materialer og produkter til totalentreprenørens produksjon bare dersom det er uttrykkelig avtalt. Byggherren bærer risikoen for at hans leveranser er i henhold til det som er avtalt med totalentreprenøren. Dersom byggherren krever at totalentreprenøren benytter navngitte materialer eller produkter, anses dette som valg av løsninger og annen prosjektering”³⁴

Risikoen er i henhold til bestemmelsen relativt klart fordelt på byggherren. Totalentreprenørens risiko er med dette negativt avgrenset. Det følger av NS 3431 punkt 10.1 som omhandler byggherrens valg av materialer som lyder slik;

”Totalentreprenøren har intet ansvar for kvalitet eller anvendelighet av materialer som byggherren leverer, med mindre han unnlater å varsle om feil eller mangler han med rimelighet burde ha oppdaget. Totalentreprenøren har heller ikke ansvar for anvendeligheten av navngitte produkter som byggherren forlanger brukt, forutsatt at totalentreprenøren har oppfylt sine forpliktelser etter punkt 9.7.”³⁵

³⁴ NS 8407 punkt 22.4

³⁵ NS 3431 punkt 10.1

Standardene har ingen vesensforskjell i ordlyden i de aktuelle bestemmelsene. Ordlyden tilsier at byggherren bærer risikoen for at hans leveranser er i henhold til avtalen. Dette innebærer at det i utgangspunktet er en klar risikofordeling. Risikoen stiller seg kun annerledes dersom totalentreprenøren ikke overholder varslingsplikten.

Juridisk teori

Slik jeg har gitt uttrykk for tidligere i avhandlingen følger funksjonsfordelingen av det såkalte ”funksjonsfordelingsprinsippet”. For å nærmere beskrive dette prinsippet vil jeg vise til Viggo Hagstrøm som har behandlet funksjonsfordelingsrisikoen i sin bok om ”entrepriserett”, og han omtaler funksjonsfordelingsprinsippet slik;

”Generelt vil jeg bemerke at det er en grunnleggende regel i entrepriseretten at risikoen i utgangspunktet plasseres etter funksjonsfordelingen i kontrakten. Byggherren har risikoen for at tegninger og beregninger er riktige, og entreprenøren for at arbeidet blir fagmessig utført i samsvar med tegninger og beregninger”³⁶.

Dette funksjonsfordelingsprinsippet som Hagstrøm beskriver er blitt kodifisert i NS 3431 punktene 9.8 og 9.9. Prinsippet angir at hver av partene bærer risikoen for svikt i eget funksjonsområde. Dette er et naturlig utgangspunkt når vi skal se hvilken avgrensning totalentreprenørens prosjekteringsrisiko vil ha dersom det skulle vise seg at det svikter innenfor byggherrens funksjonsområde.

Byggherrens valg av materialer er også nevnt i kommentarene til NS 8405 som omhandler utførelsesentreprise. Bestemmelsene i de to forskjellige entrepriseformene avviker ikke fra hverandre på dette punkt. Kommentartutgaven beskriver byggherrens risiko for valg av materialer slik;

”Når byggherren har levert materialer og produkter, følger det av punkt 19.5 annet ledd at han ”bærer risikoen” for ”kvalitet og anvendelighet” av det han har levert. Dette er i samsvar med risikofordelingen i punkt 19.2 og punkt 19.3.

³⁶ Hagstrøm, Viggo, Entrepriserett- Utvalgte Emner, s. 81

Så lenge det er på det rene at det foreligger kvalitetssvikt i de leveranser byggherren har foretatt, vil det i seg selv ikke kunne påberopes ovenfor entreprenøren som mangler ved bygget. Det er også slik at dersom kvalitetssvikten forårsaker skade på kontraktsarbeidet som entreprenøren har levert, vil heller ikke disse skader kunne påberopes som mangler fra byggherrens side.”³⁷

Vilkåret i bestemmelsen følger av uttrykket ” krever brukt”, og kommentarutgaven til NS 8405 uttaler det slik om vilkåret;

Det er et vilkår at byggherren ”krever brukt” de bestemte materialene og produktene. Normalt vil et slikt krav måtte fremgå av kontrakten eller senere skriftlige endringsordrer. Det er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig at byggherren ytrer et ønske om at entreprenøren skal bruke materialene og/eller produktet. Det sentrale ved denne bestemmelsen vil være at entreprenøren ikke hadde noe valg med hensyn til bruk av materialene eller produktet. Byggherren må således ha pålagt entreprenøren å anvende dette.”³⁸

Unntaket fra regelen som nevnt ovenfor er dersom totalentreprenøren unnlater å oppfylle sin undersøkelsesplikt(kontrollplikt) som følger av punkt 24.2.2 i NS 8407.

Reelle hensyn

Dette funksjonsfordelingsprinsippet har gode grunner for seg. Det vil være urimelig å generelt flytte risikoen til den ene kontraktsparten uansett hvilke medvirkning eller funksjonsområdet den annen part har. Ordlyden i bestemmelsene er som nevnt ovenfor, er klar på at risikoen påhviler vedkommende som har levert materialene og/eller forestått funksjonen. Videre kan det anføres at det ikke finnes holdepunkter for å anta at denne funksjonsrisikoen skal ha en strengere norm enn ved totalentreprisen generelt, altså en objektiv risikonorm.

³⁷ Kommentarer til NS 8405 s. 277

³⁸ Kommentarer til NS 8405 s. 278

Konklusjon

Risikoen påhviler byggherren ved svikt i materiale levert av han gitt at totalentreprenøren overholder sine varslingsfrister. Risikonormen er en objektiv risikonorm.

3.4 Grunnforhold

3.4.1 Innledning og problemstilling

Risikoen for grunnforhold blir delvis behandlet i denne oppgaven da det indirekte kan ha stor betydning for totalentreprenørens prosjekteringsrisiko.

Grunnforhold krever en særlig ekspertise da de skal utredes og vil derfor kunne påføre store ekstrakostnader ved at de er mangelfulle eller uriktige. Både geologer og ingeniører bør avgi rapporter dersom informasjonsgrunnlaget skal bli så korrekt som mulig. Rapportene er som oftest tidkrevende da det i mange tilfeller må prøvebores for å frembringe et så korrekt resultat som mulig. Dette medfører en stor bruk av tid, så vel som betydelig ressursbruk. Dersom det viser seg at forholdene er vanskeligere enn antatt, vil det blant annet kunne medføre endret bruk av boreinstrumentell, og det foreligger en stor sannsynlighet for en økning i timeantallet i forhold til hva som er langt til grunn i kalkylen for oppdraget.

Problemstillingen blir hvem som har risikoen for at grunnforholdene ikke er som forutsatt.

Avgrensningen av totalentreprenørens risiko i forhold til grunnforholdene fremkommer av NS 8407, og det blir i punkt 23.1 sjette ledd gitt anvisning på hvilke risiko totalentreprenøren *ikke* svarer for, altså en negativ avgrensning av entreprenørens risiko;

”Dersom byggherren gir uriktige eller mangelfulle opplysninger eller ikke gir som nevnt i annet ledd, har han risikoen for konsekvensene av dette, med mindre man kan gå ut i fra at dette ikke har virket inn på totalentreprenørens kalkulasjon av tilbudet.”³⁹

³⁹ NS 8407 punkt 23.1

Dersom vi ser hen til(dagens standard) NS 3431 og punkt 8.2.2 som angir totalentreprenørens risiko slik;

*”For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold ved grunnen med mindre han godtgjør at han ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning”.*⁴⁰

I følge ordlyden i bestemmelsene kan dette sies å være rent objektive vilkår, og det kreves på ingen måte at det er foretatt en culpøs handling. Det vil i utgangspunktet si at etter NS 8407 er det byggherren som hovedregel som har risikoen for grunnforhold, dog med noen unntak for uriktige og/eller mangelfulle opplysninger. Dette betyr at den nye standarden er endret litt i ordlyden forhold til den ”gamle”. Etter NS 3431, er det totalentreprenøren som bærer risikoen. Risikofordelingen endres dersom totalentreprenøren kan godtgjøre at han ikke burde ha oppdaget eller tatt risikoen i betraktning jfr. pkt 8.2.2. Totalentreprenørens risiko er med dette negativt avgrenset. Ordlyden i seg selv er endret, men det innebærer ingen vesensforskjell i bestemmelsenes innhold. De samme unntakene kan utledes av begge bestemmelsene.

Nytt med NS 8407 er den detaljerte beskrivelsen av hvilke undersøkelser entreprenøren plikter å foreta før kontrakten prises. Dette vil kunne være med på å kartlegge grunnforholdene på en mer presis måte enn etter NS 3431. Og således muligens kunne føre til færre avvik på de regulerte områdene. Jeg vil i tillegg anta at dette er noe av intensjonen til denne nye standarden.

Standarden reiser med dette to typer problemstillinger. Hvorvidt det er fremlagt opplysninger eller ikke, og hvorvidt opplysningene er mangelfulle eller ikke. Byggherren innehar risikoen for at opplysningene stemmer med det angitte, for andre typer problemstillinger bærer totalentreprenøren risikoen. Det kan derfor også spørres om byggherren bare svarer for riktigheten av opplysningene som blir gitt, eller om han i tillegg svarer for totalentreprenørens forsvarlige tolkning av disse. Dette lar seg ikke utlede direkte av bestemmelsen, men som jeg skal vise til nedenfor legger juridisk teori og rettspraksis enkelte føringen på denne problemstillingen.

⁴⁰ NS 3431 punkt 8.2.2

Juridisk teori

Tore Sandvik har i sin bok ”Entreprenørrisikoen” anført at ved undersøkelser av grunnforhold er det byggherren som har risikoen dersom opplysningene skulle gi et feilaktig bilde av grunnsituasjonen;

”Når byggherren legger frem grunnundersøkelser som en del av anbudsgrunnlaget har han risikoen for de vansker med videre som følger av at de gir et feilaktig bilde. Dette gjelder uten hensyn til om undersøkelsesrapporten er inkludert i kontrakten”.⁴¹

Sandvik legger ingen vekt på om dokumentene er en del av kontrakten eller ikke, men det at de er avgitt til entreprenøren er det avgjørende og således er med på å danne grunnlaget for kalkylen. Dette synspunktet har gode grunner for seg. Er de avgitt totalentreprenøren vil det være naturlig å ta hensyn til dokumentene uansett om de har vært en del av kontraktsdokumentene eller ikke. Ved at dokumentene er avgitt totalentreprenøren, er det stor sannsynlighet for at de er inntatt i kalkulasjonen og risikobetraktningen til entreprenøren.

Barbo anfører i sin bok ”totalentreprisen” at det ved tvil, må søkes til en tolkning av kontraktsforholdet i vid forstand. Dette har også støtte i NS 8407 punkt 23.1 fjerde ledd. Barbo anfører i tillegg at det foreligger en plikt til å undersøke forholdene, men angir ikke hvor langt denne undersøkelsesplikten strekker seg;

Ved totalentreprise uten konkurranse kontraheres det kun på bakgrunn av forhandlinger. Hvem som skal bære risikoen for grunnforhold baseres på en fortolkning av kontrakten og forholdene rundt kontraktsforholdet i vid forstand. Men hvis byggherren eksempelvis har gitt løselig eller ingen opplysninger overhodet om grunnforholdene, må entreprenøren, ut i fra en hovedregel som nevnt foran bære risikoen for at det foretas grunnundersøkelser. Entreprenøren har med andre ord en undersøkelsesplikt.”⁴²

⁴¹ Sandvik, Tore- Entreprenørrisikoen s. 224

⁴² Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 50

Hørlyck anfører i sin bok ”totalentreprise” at kravet til undersøkelsesplikten, må ta utgangspunkt i hva som kreves med grunnlag i god prosjekteringsskikk.⁴³

Dette angir kun utgangspunktet, men ikke omfanget av undersøkelsesplikten.

Ingen av de ovennevnte juridiske teorier angir hvor bredt denne undersøkelsesplikten kan sies å favne, men de fremholder at det *finnes* en undersøkelsesplikt for entreprenøren. Rettspraksis som jeg skal omtale nedenfor legger en viss føring på bredden av undersøkelsesplikten.

Rettspraksis

Det foreligger noe rettspraksis fra noen eldre, samt noen nyere dommer på grunnforholdsproblematikken. Voldgiftsdommen inntatt i Rt 1954 s. 50-Gneisdommen, har en viss overføringsverdi. Saksforholdet og voldgiftsrettens bemerkninger forløper seg slik;

”Det viser seg at geolog Rosenlunds forhåndsbeskrivelse av de geologiske forhold er riktig for så vidt han kunne ha oversikt over dem før tunnel arbeidet begynte. Men han kunne ikke bygge sitt resultat på annet enn undersøkelse av fjellets overflate. Han erklærer at fjellet består av gneis, og det er helt riktig. Men gneis kan være av meget forskjelligartet natur, varierende fra massiv til skiffrig. Man kan derfor av begrepet gneis ikke trekke noen sikker slutning om sprengbarheten og borbarheten. Entreprenøren måtte derfor ved sin kalkyle gå ut i fra de alminnelige erfaringer man har om sprengning av gneis. De opplysninger han således hadde, kunne ikke gi han noen forutsetning om at han stod ovenfor et særlig vanskelig og seigt fjell som det ville bli særskilt dyrt å sprengne tunnel i”.⁴⁴

Voldgiftsretten bemerker videre i dommen at;

⁴³ Hørlyck Erik, Totalentreprise s. 69

⁴⁴ Rt 1956 s. 50- Gneisdommen(s. 59)

”Voldgiftsretten finner derfor at det er en forandring av fjellets art når det viser seg at den gneis som foreligger, er av en annen og meget seigere natur enn man kunne vente”.⁴⁵

Voldgiftsrettens formann var daværende Høyesterettsjustitiarius Emil Stang, noe som gjør at dommen tillegges noe mer vekt enn alminnelige voldgiftsdommer. Denne rettsavgjørelsen drøftet at det foreligger en plikt til undersøkelse, men at det i dette tilfellet var tilstrekkelig å gå ut i fra en alminnelig forståelse av bergarten. Det er også avsagt en dom fra Høyesterett som er inntatt i Rettstidende Rt 2009 s 160. Der ble problematikken rundt risikoen om hvorvidt det er gitt uriktige opplysninger om grunnforholdene, og rammene for når en undersøkelse bør foretas av totalentreprenøren.

Saken omhandlet en totalentreprise mellom Stryn Energi og NCC om utbyggingen av et kraftverk. Det viste seg under arbeidet med damkonstruksjonen at terrenget lå 3,3 meter lavere enn NCC hadde lagt til grunn ved ingivelsen av anbudet. Sakens hovedspørsmål var om NCC som totalentreprenør har krav på å få dekket merutgifter med videre som følger av at fjellet i elven i gjennomsnitt lå 3.3 meter lavere enn NCC hadde lagt til grunn da de inngikk anbud. Lagmannsretten vurderte spørsmålet slik;

”Selv med et tillegg for rigg og drift utgjorde dette kun 4 % av samlet kostnad. Det kunne således ikke forventes at NCC skulle kontrollere opplysninger som, både for dem og rent objektivt, fremstod som klare da anbudet skulle utarbeides.

Videre vurderer lagmannsretten at opplysningene om den seismiske profil ga derfor ikke i seg selv NCC noen oppfordring til å kontrollere disse nærmere, og særlig ikke når opplysningene som Stryn Energi hadde gitt fremstod som klare.”⁴⁶

Denne dommen gir støtte for at dersom byggherrens opplysninger er klare og utvetydige, blir totalentreprenørens plikt til undersøkelser noe mer innsnevret. Videre

⁴⁵ Rt 1956 s. 50

⁴⁶ Rt 2009. 160

kan det motsetningsvis sluttet at dersom opplysningene hadde vært mer forbeholdne og uklare, ville det gitt grunn til nærmere undersøkelser.

Byggherren er i henhold til NS 3431 punkt 8.2.1 pålagt en objektiv opplysningsrisiko. Dette vil kunne lede til at dersom opplysningene fra byggherren er klare og entydige, vil totalentreprenørens undersøkelsesplikt gjøres mindre fremtredende. Dersom opplysningene er uklare og tvetydige bør totalentreprenøren sørge for å avklare uklarhetene ved ytterlige undersøkelser. Totalentreprenøren tar en bevisst risiko ved å unnlate undersøkelser og det er en risiko han følgelig må bære ansvaret for dersom det skulle vise seg at oppfordringene han ble gitt, skulle vært undersøkt ytterligere. Det kan derfor også spørres om byggherren bare svarer for riktigheten av opplysningene som blir gitt, eller om han i tillegg svarer for totalentreprenørens forsvarlige tolkning av disse. Som jeg har beskrevet tidligere i avhandlingen, legger rettspraksis opp til at det er grunnlag for at totalentreprenøren kan legge en nøktern og forsvarlig tolkning av dataene som foreligger, jfr. Gneisdommen og uttalelsen gitt av Høyesteretts advokat Arne Beck som jeg har sitert på side 37 i denne avhandlingen.

Dersom det ikke foreligger opplysninger, bør totalentreprenøren foreta undersøkelser eller kalkuler risikoen inn i tilbudsgrunnlaget. Byggherren skal fremlegge det han har av opplysninger, og det han bør ha kunnskap om.

Tolkning og reelle hensyn

Ved fastleggelsen av ansvaret skal hele kontrakten ses under ett, og ikke bare punktvis. Alt materiale som er gjenstand for kontrakten skal vurderes. Byggherren kjenner eller burde kjenne til forholdene på sin egen grunn, og det er derfor vanskelig ut i fra en generell betraktning å se en annen løsning enn det som er valgt av standarden. Det er i disse tilfellene to profesjonelle kontraherende parter, og det må kunne ses på som et minimum at de følger alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, som blant annet lojalitetsprinsippet.

Konklusjon

Dersom opplysningene skulle bære preg av å ha oppfordringer til totalentreprenøren, og fremstår som uklare og tvetydige, bør risikoen bæres av totalentreprenøren. Dersom

det ikke foreligger opplysninger bør risikoen bæres av totalentreprenøren, gitt at byggherren ikke burde vite om forholdene. Ved uriktige eller mangelfulle opplysninger, bør risikoen bæres av byggherren.

3.5 Undersøkelsesrisiko og opplysningsplikt

3.5.1 Innledning og problemstilling

Entreprenørens mulighet for å prestere avhenger av en rekke ulike faktorer og forhold. Opplysningsplikten og /eller undersøkelsesrisikoen er relativ lik den samme plikten som følger ved avhending av fast eiendom. Den generelle regel er der at opplysningsplikten går foran undersøkelsesplikten. Dette har gode grunner for seg da opplysninger man innehar bør det kunne forventes at det opplyses om. Undersøkelser er både tid og ressurs krevende, og vil ikke nødvendigvis gi den fulle og hele ”sannhet”. Opplysningsplikten og undersøkelsesrisikoen er ofte gjenstand for tvister, da det som regel er her problemene starter. Hvorvidt det er gitt uriktige eller mangelfulle opplysninger.

Problemstillingen hvor langt totalentreprenørens undersøkelsesrisiko strekker seg i forhold til prosjekteringen.

Det naturlige utgangspunktet vil være å starte i NS 8407 der det er punkt 25.1.1 som regulerer undersøkelsesplikten, og standardens ordlyd er slik;

”Totalentreprenøren skal som en del av sin produksjonsplanlegging undersøke byggherrens ytelse og andre forhold byggherren har risikoen for. Undersøkelsen har som mål å avdekke forhold som vil kunne forstyrre gjennomføringen av arbeidet under kontrakten”.⁴⁷

Ut i fra ordlyden kan det utledes en generell regel om en objektiv undersøkelsesplikt for entreprenøren. Dette i likhet med anførselene til Barbo som er beskrevet i avhandlingens punkt 3.4 om grunnforhold. Jeg finner ikke grunnlag for at plikten ikke også skal gjelde som en generell regel utenfor grunnforholdsproblematikken.

⁴⁷ NS 8407 punkt 25.1.1

Dagens standard NS 3431 inneholder bestemmelser om opplysningsplikt i punkt 7.1 og 7.2, og de lyder slik;

”Partene plikter å underrette hverandre om forhold de bør forstå kan eller vil få betydning for kontraktsarbeidet.”⁴⁸

”Totalentreprenøren skal holde byggherren løpende orientert om utviklingen av kontraktsarbeidet. Han skal oversende alle fremdriftsplaner samt tegninger, beskrivelser og beregninger som er nødvendige for bedømmelsen av kontraktsarbeidets utforming og kontraktsmessighet.”⁴⁹

Denne generelle opplysningsplikten kan sees som et utslag av den allmenne kontraktsrettslige lojalitetsplikten som følger mellom kontraherende parter.

Bestemmelsene i seg selv er ikke avvikende dersom vi sammenligner de to standardene NS 3431 og NS 8407. Begge standardene har samme innhold, selv om ordlyden er noe forskjellig. Men de er i all hovedsak sammenfallende på disse punktene. Standarden gir ingen hentydning til hvor langt undersøkelsesrisikoen eller opplysningsplikten strekker seg, og heller ingen anvisning på risikonormen som følger.

Juridisk teori

Hagstrøm uttaler i sine kommentarer til bestemmelsen i den tidligere standarden NS 3401 punkt 8, og angir der omfanget og dybden av undersøkelsesplikten, han fremholder det slik;

”Bestemmelsen i pkt. 8 første ledd er ikke ment å skulle instituere noen spesiell undersøkelsesplikt. Tanken er igjen at entreprenøren skal bruke materialene, og at han dermed er nødt til å skaffe seg en oversikt over det som blir levert. Dette bestemmer omfanget og dybden av undersøkelsesplikten.”⁵⁰

⁴⁸ NS 3431 punkt 7.1

⁴⁹ NS 3431 punkt 7.2

⁵⁰ Hagstrøm, Viggo, kommentarer til NS 3401 s. 89 nest siste avsnitt

Hagstrøm har her i ovennevnte sitat angitt at undersøkelsesplikten ikke strekker seg lenger enn det entreprenøren trenger av informasjon for å fortsette eller sette i gang sitt arbeid. Videre kan det sies at det er ”enklere” å gi opplysninger enn det er å fremskaffe de ved undersøkelser. Dette er et moment som kan tale i retning av en noe strengere opplysningsplikt enn hva som kan antas for en undersøkelsesplikt/risiko. Dette viderefører Barbo ved å fremholde at dersom det foreligger grunn til oppfordringer, bør det gis oppfordringer til å foreta undersøkelser og han fremholder det slik;

”Hvis byggherren har kunnskap eller mistanke om at grunnforholdene ikke er gode, plikter han å opplyse entreprenøren om dette, slik at denne får en oppfordring til å foreta undersøkelser”⁵¹.

Hørlyck viderefører dette ved å i tillegg beskrive krav om opplysningenes godhet og innhold;

”Byggherrens opplysninger om grunnforholdene i en totalentreprise må være fyllestgjørende og lojale”⁵².

Det følger som nevnt ovenfor av den juridiske teori at dersom opplysningene er eller burde være kjent for totalentreprenøren bør de undersøkes. Det oppstilles med dette ikke noe videre krav til undersøkelse av gjenstandene. Altså oppstilles det en objektiv risikonorm. Dette støttes av rettspraksis som er nevnt nedenfor. Dog er teoretikerne noe avvikende i forhold til hverandre. Vagner går langt i å begrense byggherrens opplysningsplikt, når han med støtte i rettslitteraturen hevder at bestemmelsen har et meget begrenset anvendelsesområdet⁵³. Hørlyck på sin side hevder at det finnes støtte i voldgiftspraksis for at byggherren ikke har risikoen for uforutsette grunnforhold i den grad totalentreprenøren som ”ledd i sin prosjektering burde ha avklart forholdene”⁵⁴.

⁵¹ Barbo, Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 50

⁵² Hørlyck, Erik, Totalentreprise s. 73

⁵³ Vagner Hans Henrik- Entrepriserett s. 346-448

⁵⁴ Hørlyck Erik, totalentreprise s. 73

Men Hørlyck går allikevel langt i å pålegge byggherren en opplysningsplikt når han uttaler;

*”at selv om der utbydes i totalentreprise, skal byggherren give den eller de bydende oplysning om vanskeligheter og udførelsesrisici, der ikke er sædvanlige og forventelige, og byggherren må som et minimalt krav udtrykkelig præcisere ved tilbudet, i hvilket omfang de bydende selv skal foreta undersøgelser.”*⁵⁵

Vi har fått konstatert av juridisk teori at det finnes en generell undersøkelsesrisiko og opplysningsplikt. Hvor langt denne plikten strekker seg hersker det noe mer uenighet om.

Rettspraksis

Skyldkravet ved opplysningsplikten er behandlet av lagmannsretten i Rg 1982 s. 313, der retten fant at skyldkravet ved opplysningsplikten er simpel uaktsomhet, altså det vedkommende burde forstått.⁵⁶

Det følger av en dom fra Gulating lagmannsrett, Lg-2008-45836, der spørsmålet om det faktisk foreligger en opplysningsplikt for byggherrer som kontraherer i totalentrepriseforhold er behandlet. Saksforholdet omhandlet at det var inngått en avtale om oppføring av omsorgsboliger som totalentreprise. Det viste seg at grunnforholdene var vanskeligere enn forutsatt og entreprenøren krevde tilleggsvederlag under henvisning til dette. Lagmannsretten bemerker seg dette;

”Risiko- og ansvarsfordelingen mellom byggherre og entreprenør om lokale forhold og grunnforhold er regulert i NS 3431 punktene 8.1 og 8.2. I dette tilfelle er det tale om grunnforhold, betydelig morenemasse istedenfor fjell, som ingen av partene hadde forutsatt. Det er ikke holdepunkter for å bygge på at de forhold det gjelder, er forhold som byggherren var klar over eller burde vært

⁵⁵ Hørlyck Erik, totalentreprise s. 73-74

⁵⁶ Rg 1982 s. 313

klar over og som han av denne grunn forstod eller burde forstått ville få betydning for gjennomføringen av totalentreprisen. Lagmannsretten kan derfor ikke legge ansvaret på byggherren etter NS 3431 punkt 8.1 første ledd første punktum, og heller ikke etter bestemmelsens annet punktum. Ansvaret for å foreta nødvendige undersøkelser lå på totalentreprenøren, som enten måtte foreta slike undersøkelser eller regne inn en prisrisiko for eventuell usikkerhet her.”⁵⁷

Lagmannsretten bygger her på at dersom det er forhold som er kjent, eller burde være kjent for byggherren bør risikoen følgelig påhvile byggherren. I motsatt fall bør risikoen ilegges totalentreprenøren.

Tolkningen

Høyesterett har slik jeg ser det lagt vesentlig vekt på årsaken til uklarhetene. Ved oppfordringer til undersøkelse ”frir” man seg noe fra opplysningsplikten, men dog kan man ikke forflytte ansvaret helt og holdent ved vage oppfordringer av en generell art. Plikten til å opplyse innebærer det man vet eller burde vite som det fremkommer av Rg 1982 s.313. Det oppstilles derfor en generell objektiv norm. Partene skal ta rimelig hensyn til og ivareta motpartens interesser. Opplysningsplikten oppfattes som et utslag av dette, og man må ta hensyn til at prinsipielle avveiningsmomenter og argumentasjonsmønstre knyttes til lojalitetskravet mellom partene og dette vil ha betydning ved fastleggingen av de nærmere grensene for byggherrens opplysningsplikt. Det finnes flere sentrale momenter ved fastleggelsen av pliktenes omfang. Det kan nevnes hva som med rimelighet kan forventes av partene.

Konklusjon

Opplysningsplikten strekker seg til at byggherren må gi totalentreprenøren de opplysninger han innehar. Undersøkelsesplikten går så langt som at totalentreprenøren bør undersøke der det foreligger grunnlag for det, da vises det til tilfeller der det enten er gitt oppfordringer, og/eller der opplysningene fra byggherren viser seg å være uklare eller tvetydige.

⁵⁷ Lg-2008-45835 (s. 4 i dommen).

4 Læren om bristende forutsetninger og revisjon etter reglene i avtaleloven

4.1 Generelt om revisjonsgrunnlagene

Innledning

Det finnes i Norsk rett både revisjonsadgang på bakgrunn av ulovfestet rett og med hjemmel i avtaleloven. I det følgende skal begge revisjonsgrunnlagene behandles. De behandles ikke særlig utdypende, men jeg gir en kort innføring i dem begge. De er av relevans for denne avhandlingen, men jeg har valgt å ikke behandle dette altfor inngående, da det kun indirekte vil berøre avhandlingens tema.

Reglene om bristende forutsetninger og revisjon etter avtaleloven er mer eller mindre sammenfallende. Flertallet i Salhus flytebrodommen (behandles mer inngående senere i denne avhandlingen), bygde på at de to regelsettene bestod side ved side. Dette ”innebærer at vi har en dobbel revisjonsadgang i Norsk rett”.⁵⁸

4.1.1 Bristende forutsetninger

Innledning

Bristende forutsetninger er en ulovfestet revisjonsadgang. Det er i følge Salhus flytebrodommen tre betingelser/vilkår som må være oppfylt for at det skal kunne være adgang for den ene part til å være ubundet av en inngått avtale. De tre vilkårene er i følge Høyesterett at forutsetningene må ha virket motiverende, være synbare for motparten og i tillegg etter en rettslig vurdering være relevante.

Jeg skal i det følgende se hvilke rammer som revisjonsgrunnlag etter reglene om bristende forutsetninger kan sies å følge.

Juridisk teori

Høyesteretts advokat Arne Beck har uttalt i en publikasjon hvilke rammer som forutsetningssvikten kan sies å ligge inn under, og han uttaler det slik;

*”det er berettiget å si at vår rett anerkjenner som relevant forutsetning for
entreprenørens pris at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering*

⁵⁸ Hov Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, kontraktsrett 1 s. 302

av tilgjengelige data. En svikt i disse forutsetninger og dermed en svikt i grunnlaget for kalkylen gir entreprenøren rett til justering av kontrakten”.⁵⁹

Dette videreføres av Hagstrøm som i likhet med Beck anfører at det skal ses på etter en normal situasjon, og med et nøkternt syn;

”Det har lenge vært hevdet som en sikker setning innen entrepriseretten, at vår rett anerkjenner som en grunnleggende premiss for entreprenørens kontraktsforpliktelse at situasjonen er normal i forhold til en nøktern vurdering av tilgjengelige data. En vesentlig svikt i disse forutsetninger, og dermed vesentlig svikt i kalkylen entreprenøren har gjort med henhold til tid og pris, vil gi entreprenøren rett til justering av kontrakten. Dette betyr at entreprenøren kan få endret avtalen, eksempelvis gjennom krav om forlenget byggetid, dersom de byrder entreprenøren påføres står i klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått”⁶⁰.

De to juridiske forfattere jeg nå har sitert er i utgangspunktet samstemt på at det bør legges vekt på en normal, og nøktern forståelse av tilgjengelig data. Dette er sammenfattende med hva Høyesterett legger til grunn i dommen jeg nå går over til å behandle.

Rettspraksis

Læren om bristende forutsetninger kommer klart frem av Rt 1999 s. 922- Salhus flytebro dommen. På side 931 behandler Høyesterett spørsmålet om bristende forutsetninger slik;

”Det er ikke mer enn et utgangspunkt. Det er en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses igjennom læren om bristende forutsetninger. For at en part skal kunne påberope seg en bristende forutsetning, sies gjerne at

⁵⁹ Høyesteretts advokat Beck Arne, Entrepriisekontrakter- risiko og ansvar(Norsk forretningsjuridisk forenings publikasjoner nr. 48 1962 s. 13).

⁶⁰ Hagstøm Viggo, Entrepriserett utgitt 1977 s. 53

*forutsetningen må ha virket motiverende for løftegiver, det vil si at han med kunnskap om den oppståtte situasjonen ikke ville avgitt sitt løfte, og at dette var synbart for motparten. Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være "relevant", noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet"*⁶¹.

Spørsmålet om bristende forutsetninger er også blitt behandlet i en Voldgiftsrettsdom inntatt i RG 1992-728, Voldgiftsrettens formann var professor.dr.juris Sjur Brækhus. Saksforholdet forholdt seg slik: SFT(statens forurensnings tilsyn) inngikk på grunnlag av innhentet tilbud kontrakt med en entreprenør om fjerning av olje fra et sunket skip. Etter noen uker støtte entreprenøren på olje med fast konsistens som ikke lot seg pumpe på ordinær måte. Tvisten gjaldt spørsmålet om entreprenøren hadde krav på tilleggsgodtgjørelse for å fjerne denne ikke pumpbare oljen. Voldgiftsretten angir at kontrakten ikke gir noe direkte svar på spørsmålet om hvilken av partene som skal bære risikoen for at oljen var pumpbar. Etter Voldgiftsrettens mening må løsningen da søkes i en supplerings av kontrakten. En supplerings kan være positiv, man foretar en "utfylling" av kontrakten på områder som ligger helt utenfor det som kontraktens ordlyd dekker⁶². I det foreliggende tilfelle er det spørsmål om en negativ supplerings, nemlig om å legge inn i kontrakten begrensninger i det som bokstavlig følger av kontraktens ordlyd⁶³. En slik negativ supplerings foretas gjerne under henvisning til læren om bristende forutsetninger.⁶⁴ Voldgiftsretten finner at det innenfor de ikke-kontraktsregulerte områdene må det foretas en supplerings av kontrakten med støtte i deklarasjonsrett, eller hvor det ikke gir et sikkert svar, på grunnlag av hvilken av de mulige løsningene som vil gi det mest hensiktsmessige og rimelige resultat⁶⁵. Voldgiftsretten konkluderer i den ovennevnte sak slik;

⁶¹ Rt 1999 s. 922- Salhus flytebro dommen

⁶² Rg 1992 s. 728 (s.742-743)

⁶³ Rg 1992 s. 728 (s.742-743)

⁶⁴ RG 1992 s. 728 (s.742-743)

⁶⁵ Rg 1992 s. 728 (s.742-743)

”Det kan i mange tilfeller være riktig å løse en tvist mot den som man finner burde uttrykke seg tydeligere. Men etter voldgiftsrettens mening fører ikke dette argumentet frem her. Det må være tillatt for to kontraherende parter å slutte avtale på bakgrunn av en foreliggende eller forutsatt normalsituasjon, uten at de behøver å tenke gjennom og kontraktsregulere de forskjellige vanskeligheter som de vet kan oppstå under avviklingen av kontrakten. De må ha lov å ”koste” slike latente problemer ”under teppe”, i den tro eller med det håp at problemene ikke vil bli aktuelle. Det blir enklere og lettere å få kontraktene i havn på denne måten. Og kontrahentene må kunne sette sin lit til at rettsordenen vil gi anvisning på en praktisk og rettferdig løsning hvis det senere skulle vise seg at en av de ikke regulerte hindringene skulle bli aktuelle”.⁶⁶

Slik jeg ser det vil det være noe uforutsigbart å tolke Voldgiftsretten ordrett. Det er alltid en noe ulik oppfatning av hva som er rett og galt. Ser en hen til all rettspraksis sett under ett på området kontraktsrevisjon, finner man at det ikke alltid er like enkelt å få gjennomslag for en revisjon basert på urimelighet. Jeg finner at Voldgiftsretten i dette tilfelle kun søker et godt og rimelig resultat, uavhengig av de faglige forutsetningene til partene. Dette bør etter mitt skjønn også tillegges betydelig vekt.

Tolkning

I hvilken grad forutsetningslærer innehar en fremtredende posisjon i fremtidig rettsanvendelse skal jeg ikke gå inn på i denne avhandlingen, men jeg finner det riktig å behandle det, da det blir anvendt av rettsanvendere i dag. Rettspraksis og teori er relativt klar på at en revisjon på grunnlag av de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger, ikke gjøres over en lav sko. Det skal svært meget til, og jeg er av den oppfatning av at dersom det lar seg regulere i et kontraktsforhold, bør det reguleres. Hvorvidt en bør sette sin lit til rettsordenen som Voldgiftsretten legger opp til, er en risiko som hver av partene bør tenke over før de unnlater regulering av forhold som kan bli aktuelle i en gitt situasjon.

⁶⁶ RG 1992 s. 728 (s. 743-744)

4.1.2 Revisjon etter avtalelovens regler

Innledning

Det foreligger revisjonsgrunnlag også etter avtaleloven. Avtaleloven § 36 inneholder en generell hjemmel til helt eller delvis å sette til side eller å endre urimelige avtaler. Standarden nevner ikke de alminnelige revisjonsgrunnlagene, da det er implisitt at disse brukes som følge av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.

Juridisk teori

Det finnes mye rettspraksis og juridisk teori på avtalerettens område. Avtalelovens bestemmelse i § 36 har sin historiske forklaring i de synspunkter som i forbrukervern utviklet seg på 1970-tallet. Der behovet for å beskytte avtaleparter mot medkontrahenters misbruk av avtalefriheten⁶⁷. Woxholth skriver i en artikkel at det er utvilsomt at avtaleloven også gjelder mellom profesjonelle parter;

”Som det heter i Rt 1999 s. 922 at avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter, er etter min mening ikke tvilsomt”⁶⁸.

Rettspraksis

Et kjent prejudikat på avtalelovens § 36 er Røstad dommen inntatt i Rt 1988 s. 276. Saken gjaldt muligheten for oppregulering av langvarige festekontrakter med hjemmel i den da nye avtaleloven § 36. Retten bemerker seg dette;

”Avtaleloven § 36 gir domstolene myndighet til å vurdere om en avtale på grunn av endrede forhold er blitt urimelig for den ene part og til å endre avtalen for å unngå fortsatt urimelighet. Jeg tilføyer at lempingsregelen i § 36 ble innført etter at lignende bestemmelser var vedtatt i Sverige og Danmark, og at hensynet til nordisk rettsenhet er nevnt som ledd i den begrunnelse som er gitt for å få en slik regel også i Norge. Det foreligger ingen opplysninger om dansk teori og rettspraksis. Fra Sverige er dokumentert to dommer fra Høgsta Domstolen ,NJA 1979: 132 og NJA 1983: 59. Dommene synes å vise at den tilsvarende svenske

⁶⁷ Woxholth, Geir, Jussens Venner 2000 s. 115

⁶⁸ Woxholth, Geir, Jussens Venner 2000 s. 115

*bestemmelse er forutsatt å ha betydning for spørsmålet om inflasjonsregulering av festeavtaler”.*⁶⁹

Denne dommen er blitt retningsgivende på avtalerettens område. Dommen var i sin tid historisk da den ble avsagt. Det ble etter dette er det avsagt en lang rekke dommer på samme rettsområde. Høyesterett avsa i 2010 en dom vedrørende avtalerevisjon mellom to profesjonelle parter. Høyesterett finner det klart at en avtaleperiode begrenset til 5-år, ikke er tilstrekkelig grunnlag for revisjon etter avtalelovens § 36. Retten sier i domspremissene følgende;

*”Vi står her ovenfor en kontrakt mellom profesjonelle avtaleparter, og kontraktsperioden er begrenset til fem år. På denne bakgrunn finner jeg det klart at det ikke er grunnlag for revisjon etter avtaleloven § 36”*⁷⁰.

Dette har også gode grunner for seg da en avtale mellom to profesjonelle parter i utgangspunktet ikke bør enkelt kunne revideres. Dette har blant annet sitt grunnlag i forutsigbarhets hensyn og kontinuitet i forretningslivet.

Tolkning og reelle hensyn

I likhet med punktet om forutsetningslæren, skal jeg heller ikke her gå inn på noen rettspolitisk debatt. Jeg har kort skissert revisjonsgrunnlaget, og fremholdt noe rettspraksis for å se anvendeligheten av bestemmelsene. De brukes med ytterst varsomhet, og særlig i profesjonelle kontrakter ser jeg at den sjeldent brukes, da kun ved relativt klar urimelighet. Dette har gode grunner for seg da avtaleforhold mellom to sterke og profesjonelle kontraherende parter, ikke enkelt bør kunne revideres på grunnlag av at det viser seg noen ufordelaktige vridninger av kontrakten i etterkant for den ene part.

⁶⁹ Rt 1988 s. 276- Røstad dommen

⁷⁰ HR 2010 s. 1875-Veisaltdommen

4.2 Utviklingsrisikoen

4.2.1 Definisjon av utviklingsrisikoen samt problemstillingen

En særlig problemstilling er hvem av partene som må bære risikoen for at en byggemåte på byggetidspunktet ble ansett for å være forsvarlig, senere viser seg å være utilstrekkelig. Dette spørsmålet har ikke vært omtalt så mye i den juridiske teorien, men har vært oppe til behandling i Høyesterett og lagmannsretten. Disse to rettsavgjørelsene blir behandlet i denne avhandlingens punkt 4.2.2.

Barbo har definert utviklingsrisikoen i sin bok ”totalentreprise” slik;

”Med Utviklingsrisikoen menes spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en byggemåte som på byggetidspunktet anses forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt fordi den byggetekniske utviklingen på byggetidspunktet var mangelfull”⁷¹

Problemstillingen blir hvem som bærer risikoen for denne utviklingsrisikoen.

4.2.2 Risikoen for utviklingsrisikoen

Rettspraksis

Det foreligger en avgjørelse fra Høyesterett som gjelder byggemåte og derav kan være retningsgivende på utviklingsrisikoen generelt. Denne dommen kalles byggmesterdommen, og er inntatt i Rt 1968 s. 783. Saksforholdet i byggmesterdommen kan forklares slik; I et nyoppført hus hvor byggmesteren også hadde bestemt byggemåten, oppsto råteskader i ytterkledningen. Årsaken til skaden var uklar. I likhet med lagmannsretten fant en dommer at årsaken var vann som under regnvær hadde trengt inn bak ytterkledningen, og blitt stående bak panelet fordi veggen var så tett så vel under- som i overkant. Dermed forelå det vekstvilkår for sopp⁷². Retten bemerker seg dette;

⁷¹ Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 59 flg

⁷² Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 59 flg

”Det spørsmål som da skal avgjøres er om det foreligger et rettslig grunnlag for erstatning overfor Stensen. Lagmannsretten har antatt at Stensen plikter å betale erstatning både på et objektivt og et subjektivt grunnlag. Det objektive må være at man fastslår at Stensen ved å påta seg oppføringen av huset skulle ha garantert byggherrene mot et slikt skadeforløp. Etter min mening må man legge til grunn at Stensen har forpliktet seg til å oppføre et hus etter de regler som da gjaldt og med den byggeskikk som man da anså forsvarlig, og jeg finner ikke grunnlag for å anta at han overfor byggherrene skulle ha pådratt seg et videregående ansvar for den skadeutvikling som har funnet sted. Det annet grunnlag er uaktsomhet, og lagmannsretten har her uttalt at Stensen burde ha forstått at utlektningen hadde som formål å skaffe luftning fra rommet bak panelet, og at dette ikke kunne oppnås i tilstrekkelig grad når vannstokken sperret tilførselen av luft til rommet som på grunn av lektetykkelsen og bulingen av pappen i seg selv ikke ga særlig anledning til luftning. På dette punkt antar jeg at det foreligger opplysninger for Høyesterett som kaster et nytt lys over saken, og jeg sikter da først og fremst til den sakkyndige byggmester Rønningens uttalelse. Jeg må med ham legge til grunn at huset er bygget etter det kjennskap byggmestere på den tid hadde til den nye hustype, og at det ikke kan bebreides Stensen som uaktsomt at han fulgte en byggemetode som ikke skilte seg fra den alminnelige i faget”⁷³.

Høyesterett var i resultatet enige, men Høyesterett delte seg i to for så vidt begrunnelsen gjelder. Høyesteretts flertall begrunnet dommen slik;

”Jeg er i det vesentlige og resultatet enig i førstvoterende, men slik at jeg ikke finner grunn til å ta standpunkt til spørsmålet om skadens årsak. For meg er det tilstrekkelig at Stensen har oppført et hus etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble sett som forsvarlig, og at det ikke foreligger noe tilsikring fra hans side som kan påføre ham et ansvar”⁷⁴.

⁷³ Rt 1968 s. 783

⁷⁴ Rt 1968 s. 783

Høyesterett angir i den ovennevnte avgjørelse at dersom bygget er oppført etter en metode som på byggetidspunktet ble ansett forsvarlig, finnes det ikke grunnlag for å føre denne risiko for senere oppdagede mangler over på entreprenøren. Dette kravet til det som er "alminnelig i bransjen" følger også av standardene som jeg har behandlet i avhandlingens punkt 2.2 og 2.4. Der viser jeg til at risikonormen som gjelder for resultatforpliktelser er den objektive risikonormen. Disse synspunkter er blitt videreført i en nyere dom fra Hålogaland lagmannsrett LH -2007-102410, der retten behandler spørsmålet om krav om erstatning for prosjekteringsfeil i totalentrepriseforhold. Det ble i saksforholdet inngått avtale om bygging av en ny idrettshall. Noen år senere brakk en snøskavl og falt ned fra taklaftet, trykket som oppstod medførte skader i 20 veggelementer. Lagmannsrettens uttalelse lyder slik;

*"De krefter som var i virksomhet var ikke kjent eller påaktet i verken gjeldende standard eller allmenne normer for prosjektering på det tidspunktet hallen ble prosjektert, og Lønnheim entreprenør AS hadde ingen konkret oppfordring til å skaffe seg annen kunnskap ut over den kontakt de hadde med byggherren og deres befarings av området, og som ikke brakte annen kunnskap av betydning for risikofordelingen mellom partene. Lagmannsretten finner at det er gårdeieren som bærer risikoen for den utviklingen med opphopningen av snø som førte til at snøskavlen brakk, falt ned og skadet veggen."*⁷⁵

Dette gir holdepunkter for at byggmester dommen må anses for å generelt kunne angi utviklingsrisikoens rammer.

Juridisk teori

Den ovennevnte tolkning blir også fremholdt av Barbo som i sin bok "totalentreprise" omtaler utviklingsrisikospørsmålet slik;

⁷⁵ LH-2007-102419 s. 5 i dommen

”Høyesteretts formulering dekker etter mitt skjønn utviklingsspørsmålet generelt, slik at dommen er et sterkt argument for at utviklingsrisikoen påligger byggherren”⁷⁶.

Som et eksempel og en videreføring av det ovennevnte kan det vises til at dersom den prosjekterende har valgt å prosjektere etter allment aksepterte normer i henhold til veiledningen som er gitt til teknisk forskrift, og senere blir kjent med at det foreligger en ny utgave av veiledningen til teknisk forskrift. Vil en normal aktsomhet tilsi at den prosjekterende skal foreta en ny vurdering av om endringene i veiledningen får betydning for prosjekteringen som allerede er foretatt⁷⁷. Dersom det blir unnlatt vil man motsetningsvis kunne slutte at det vil grense mot det uaktsomme. Dette støttes av kommentarene til NS 8401 og NS 8402 som uttaler det slik;

”Utviklingen av byggeforskriftene fra å gi spesifiserte tekniske krav til å gi funksjonsrettede krav, stiller større krav til den prosjekterende enn tidligere. Mens forskriftene tidligere anga de spesifiserte kravene som skulle oppfylles, må den prosjekterende nå selv velge løsninger som vil oppfylle funksjonskravene. Den prosjekterende må holde seg oppdatert på veiledningen til teknisk forskrift som gis ut av statens byggetekniske etat, aktuelle Norsk standard, byggedetaljblad fra Norges byggforskningsinstitutt og lignende for å kunne oppfylle forskriftenes krav.”⁷⁸

Kommunal - og regional departementet tar opp spørsmålet om utviklingsrisikoen i en prinsipputtalelse i forbindelse med forholdet mellom teknisk forskrift (TEK) og veiledningen til teknisk forskrift. Uttalelsen er gitt i saksnummer 2007/2745 lyder slik;

”Byggebransjen er i stadig utvikling, hvilket innebærer at det hele tiden gjøres erfaringer som kommer til uttrykk i nye tekniske løsninger. Men selv om nye løsninger ser lovende ut og etter hvert blir akseptert av fagmiljøene, kan det av

⁷⁶ Barbo Jan Einar, Totalentreprise- særlig om prosjekteringsrisikoen s. 60 flg

⁷⁷ Kommunal-og regional departementets uttalesle punkt 4, i sak 2007/2745

⁷⁸ Kommentarer til NS 8401 og NS 8402 s. 145

og til vise seg at disse likevel ikke holder ønsket kvalitet. Spørsmålet blir da hvem som bærer risikoen for at en byggemetode på byggetidspunktet anses for å være forsvarlig, senere viser seg å medføre svikt fordi den byggetekniske utvikling på byggetidspunktet var mangelfull. Det foreligger begrenset med rettspraksis på dette området, men basert på de dommer som foreligger, vil en prosjekterende sannsynligvis slippe ansvar hvor det er benyttet en løsning som har vært akseptert, men i ettertid viser seg å lide av svakheter. En slik ansvarsfrihet forutsetter imidlertid at prosjekterende har opptrådt aktsomt”⁷⁹.

Viggo Hagstrøm fremholder i likhet med øvrige forfattere at utviklingsrisikoen bør påhvile byggherren, og han anfører følgende;

”Når entreprenøren prosjekterer blir utgangspunktet at entreprenøren har risikoen for det arbeidet han har påtatt seg, slik at han som hovedregel også har risikoen for prosjektet. Det må imidlertid gjøres en distinksjon mellom prosjekteringsfasen og det man kan kalle utviklingsrisikoen, det vil si risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses for å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt. Dersom entreprenørens arbeid må sies å ha vært forsvarlig etter kunnskapen den gang har han ikke risikoen for at senere erfaring tilsier at løsningene allikevel ikke var tilfredsstillende.”⁸⁰

Norsk juridisk teori på dette feltet synes å være sammenfattende med Dansk rett, der Hørlyck anfører at utviklingsrisikoen bør bæres av byggherren;

”Det siges sædvanlig, at byggherren bærer utviklingsrisikoen, idet byggherren må lide under følgende af, at den almindelige fagmæssige viden senere viser sig at have været utilstrækkelig”⁸¹

⁷⁹ Tolknings og prinsipputtalelse fra Kommunal- og regional departementet, saksnr 2007/2745 pkt 3

⁸⁰ Hagstrøm Viggo- Entrepriserett s. 85

⁸¹ Hørlyck, Erik, Entrepriserett s. 115

Som jeg har behandlet i denne avhandlingen under punkt 2, der jeg tar for meg totalentreprenørens prosjekteringsrisiko, følger det av bestemmelsene i NS 8407 og NS 3431, at kravene som stilles til det faglige er at arbeidet er i henhold til ”Norske standarder og etter allment aksepterte normer”. Disse synspunktene er lagt til grunn av Hagstøm og Barbo og blir etter byggmester dommen videreført i nyere rettspraksis.

Tolkning og reelle hensyn

Det kan utledes av standardene som har vært brukt at begrepet ”allment aksepterte normer” brukes som en rettesnor til det faglige arbeidet. Det prinsipp som kan utledes av dette uttrykket har jeg vanskelig for å se at ikke lar seg anvende også på utviklingsrisikoen generelt.

Dersom dette prinsipp om at bruken av ”allment aksepterte normer” og at det utføres i ”henhold til Norsk standard” er overholdt, men at de krav som stilles til det faglige på byggetidspunktet senere skulle vise seg å inneha svakheter, vil det etter mitt syn være urimelig å laste totalentreprenøren for. Det vil i tillegg kunne skape stor usikkerhet som bransjen og/eller bransjeutviklingen ikke er tjent med. Det ville også kunne føre til en stagnering i bransjens utvikling i frykt for at ny forskning ville kunne avdekke at dagens byggemåte ikke er god nok.

Konklusjon

Utviklingsrisikoen bør i normaltilfellene påhvile byggherren.

5 Avtalt risikoovergang og risikoplassering

5.1 Innledning og problemstilling

Risikoovergang og risikoplassering er former for endring av risikoutgangspunktet som følger av NS 8407 og NS 3431. Det følger av den generelle avtalefriheten i Norsk rett at de kontraherende parter står fritt til å fastsette hvor risikoen skal være. Det skilles mellom risikoplassering og risikoovergang. En risikoovergang kan sies å være der hvor byggherren utfører eller får utført for seg elementer som prosjektering eller andre løsninger før kontraktsinngåelsen, og som skal være en del av totalentreprisen. Ved at disse inntas i totalentreprisen fører det til at totalentreprenøren bærer ansvaret for materialet som blir levert fullt ut. Altså risikoen som om han skulle forestått dem selv.

Risikoplassering vil være der hvor risikoen bevisst og kontraktsmessig er plassert et sted uavhengig av utgangspunktet i NS 8407 eller NS 3431.

Problemstillingen vil her være hva som må anses som ansvarsbefriende, og hvilke krav som stilles til at risikoen ikke anses for overført.

5.2 Avtalt risikoovergang

Det naturlige utgangspunktet når vi skal omtale avtalt risikoovergang følger av NS 8407 punkt 24.2.1 som angir at;

”Har partene avtalt at totalentreprenøren skal overta risikoen for løsninger og annen prosjektering som er utarbeidet av byggherren før kontraktsinngåelse, innebærer dette at han har risikoen som om han hadde prosjektert eller valgt løsningene selv. Totalentreprenøren har under ingen omstendighet risiko for løsninger og annen prosjektering som bygger på uriktige opplysninger den prosjekterende har mottatt fra byggherren eller offentlige etater, men mindre totalentreprenøren burde ha oppdaget forholdet under sin gjennomgang av materialet etter punkt 24.2.2”⁸²

Totalentreprenøren har her likevel ikke risikoen dersom materialet bygger på ”uriktige opplysninger”, med mindre totalentreprenøren ”burde oppdaget forholdet selv”. Ved avtale om risikoovergang overdrar også totalentreprenøren byggherrens krav mot den prosjekterende. Det vil si at risikoen og alle forhold vedrørende denne overføres totalentreprenøren. Alle rettskrav forbundet med risikoovergangen.

Det følger også av NS 3431, punkt 9.8 og 9.9 som angir funksjonsfordelingsprinsippet i en totalentreprise at partene selv svarer for følgende av feil som kan henføres til deres funksjonsområde.

⁸² NS 8407 punkt 24.2.2

Rettspraksis

Tolkningen av risikooverganger har vært oppe til behandling i Høyesterett ved noen anledninger, men dog ikke direkte ved entrepriserettslige spørsmål. Det kan allikevel utledes fra noen av de avgjørelsene som har vært behandlet i Høyesterett, om hvilke tolkningsprinsipper som bør anvendes i avtaler mellom utelukkende profesjonelle parter. Det følger av en dom inntatt i Rt-2002 s.1155 hvor Høyesterett fremholder at avtaletolkning mellom profesjonelle parter i utgangspunktet bør gjøres etter den objektive tolkningslæren. Saken gjaldt tolkning av en kontrakt i næring inngått mellom profesjonelle parter. Det finnes støtte så vel i teori som i rettspraksis for at slike kontrakter som utgangspunkt bør fortolkes objektivt, og at kontraktens ordlyd bør tillegges stor vekt.⁸³ Høyesterett bemerker dette om tolkningen av kontraktens ordlyd;

*”prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, dette understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet”.*⁸⁴

Høyesterett uttaler videre at subjektive tolkningsmomenter har sin selvsagte plass i næringslivskontrakter, og uttaler et slik;

*”Kan det påvises at kontraktspartene har hatt en felles forståelse som avviker fra kontraktens ordlyd, må dette legges til grunn i rettsforholdet mellom dem. Det generelle utgangspunkt jeg har angitt kan likevel ha betydning for den bevisstyrke som i slike tilfeller må kreves.”*⁸⁵

Høyesterett fremholder her en noe restriktiv objektiv tolkning av avtalens ordlyd. Men dette har gode grunner for seg. Dette videreføres i en dom inntatt i Rt 1994 s.581, hvor saken gjaldt tolkning av en aksjonæravtale, og det ble lagt avgjørende vekt på avtalens ordlyd. Høyesterett uttalte seg da dette i forbindelse med tolkningen av avtalen;

⁸³ Rt 2002 s. 1155 (s. 1159)

⁸⁴ Rt 2002 s. 1155 (s. 1159)

⁸⁵ Rt 2002 s.1155 (s. 1159)

”Avtalen er en forretningsmessig avtale utformet av personer med stor profesjonell kompetanse i slike forhold. Det ville etter mitt syn åpne for tvil og uklarhet om man ved tolkningen av slike avtaler skulle fravike ordlyden ut fra mer eller mindre klare antagelser om formålet. Man kan ikke ved tolkning fange opp tilfelle som det var nærliggende å regulere dersom avtalen også skulle omfattet dem.”⁸⁶

Rettspraksis er sammenfattende og entydig på at tolkning av avtaler som er inngått mellom to profesjonelle avtaleparter, bør og skal i normaltilfellene tolkes objektivt. Dette har gode grunner for seg, som Høyesterett bemerker, vil det skape forutsigbarhet og sikkerhet for næringslivet at avtaler som er inngått mellom profesjonelle parter bør stå seg. Selve poenget med risikooverføringsklausuler er å avvike fra funksjonsfordelingsprinsippet, hvorvidt det skal lede til en mer eller mindre restriktiv tolkning er uklart. Men selv om funksjonsfordelingsprinsippet er et kodifisert prinsipp i entrepriseretten, har jeg ikke betenkeligheter med at det fravikes i tilfeller der det er to sterke kontraherende parter. Hvorvidt det bør tolkes noe strengere ved et skjevt styrkeforhold, går jeg ikke nærmere inn på i denne avhandlingen.

Tolkning og reelle hensyn

Ut i fra reelle hensyn vil det skape smidighet og kontinuitet i en byggeprosess ved risikooverganger. I utgangspunktet har byggherren ansvar for alle løsninger som han produserer eller får produsert før selve kontraktsinngåelsen. Ved en risikoovergang, blir risikoen plassert som om totalentreprenøren selv skulle utarbeidet de aktuelle løsningene. Dette har gode grunner for seg. Da totalentreprenøren overtar løsningen, vil også byggherren bli fratatt muligheten til å ha fullstendig kontroll over gjenstanden. Her kan det som analogi vises til NS 8405, og overtagelse. Risikoen går her over til byggherren, da entreprenøren ikke lenger har besittelse over den delen av kontraktsgjenstanden som har vært gjenstand for overtagelse.

Unntaket vil være dersom materialet bygger på uriktige opplysninger. Her kan man dra paralleller til opplysningsplikten som er behandlet i denne avhandlingens punkt 3.5. Der har jeg beskrevet i hvilken utstrekning denne opplysningsplikten favner for byggherren.

⁸⁶ Rt 1994 s. 581

Det essensielle er hvorvidt opplysningene som viser seg å være uriktige fremstår som klare og utvetydige. Eller om de fremstår som noe usikre. Disse momentene bør vektlegges ved en tvist om risikoovergang faktisk er skjedd, og hvilke konsekvenser det skal eller bør ha.

Dette synet bør nyanseres noe i forhold til denne avhandlingens punkt 3.5 som omhandler risiko for opplysningers riktighet når det kommer til risikoovergang. Dette begrunnet i at en risikoovergang for løsninger og annen prosjektering som er foretatt av byggherren, da normalt ikke er inntatt i en risikokalkulasjon. Dette bør vektlegges ved tvist om opplysningenes riktighet, altså bør det stilles et noe strengere krav enn det som nevnt i punkt 3.5.

Konklusjon

Vilkåret for at risikoen skal overflyttes er at opplysningene som byggherren har gitt er korrekte. Dersom disse opplysningene skulle vise seg å stemme, vil ansvaret i utgangspunktet kunne flyttes over på totalentreprenøren. Dersom opplysningene skulle vise seg å være uriktige, fører dette til at totalentreprenøren ikke nødvendigvis vil inneha risikoen.

5.3 Risikoplassering

Det naturlige utgangspunktet ved angivelse av spørsmålet om risikoplassering vil være å se til NS 8407 punkt 23.2 som angir at;

”Dersom det er avtalt at totalentreprenøren har risiko for forhold ved grunnen, kan totalentreprenøren likevel påberope seg at forholdene er vesentlig dårligere enn det totalentreprenøren hadde grunn til å kalkulere med basert på reglene i punkt 23.1, slike avtaler fritar ikke byggherren for risiko som nevnt i punkt 23.1 siste ledd”⁸⁷.

⁸⁷ NS 8407 punkt 23.2

Totalentreprenøren har ikke med dette plassert alle risikoformer til seg. Unntaket i bestemmelsen angir at dersom det er *vesentlig* dårligere, vil risikoen fortsatt være hos byggherren. Dette er et strengt vilkår. Men det fritar ikke byggherren fra sine forpliktelser i henhold til punkt 23.1 i NS 8407. Det at vilkåret for fritak fra den avtalte risikoplasseringen er betegnet som ”vesentlig dårligere”, vil innebære at det er et strengere vilkår som krever mer enn det generelle objektive avviket. Som analogi kan jeg nevne at Høyesterett har angitt at en vesentlig mangel i forbrukerforhold ved avhending av fast eiendom ligger på rundt 6-10 prosent av kjøpesummen.

Rettspraksis

I en nylig avsagt høyesterettsdom skrevet i HR 2010-1875- Veisalt dommen, ble det blant annet behandlet om hvorvidt risikoplasseringen har betydning for påberopelsen av bristende forutsetninger. Saken omhandlet krav om tilleggsvederlag fra entreprenør ved vinterdrift av vegstreknings som driftes i henhold til en entreprisekontrakt som er inngått etter en forutgående anbudsinnbydelse. Hovedspørsmålet var hvem som hadde risikoen for at gjennomsnittlig faktisk saltforbruk hver vintersesong var blitt bortimot tre ganger så høyt som gjennomsnittet var rapportert ved anbudsinnbydelse. Oslo vei anførte kontraktsrevisjon på bakgrunn av de ulovfestede reglene om bristende forutsetninger. Høyesterett bemerker i denne saken at;

”Det tap Oslo vei blir påført som følge av at denne forutsetningen svikter, er ikke ubetydelig, og risikoen for at opplysningene i vedlegg S 30 er riktige, påhviler Statens vegvesen. Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vei standard, er derimot i kontrakten bevisst plassert hos Oslo vei som entreprenør. De ulovfestede regler om bristende forutsetninger gir ikke hjemmel for å omfordele denne risikoen. Hvis kontrakten ikke hadde inneholdt bestemmelser om hvilken konsekvens det skal ha at vedlegg S 30 ikke gir riktige opplysninger om tidligere saltforbruk, ville de ulovfestede regler om bristende forutsetninger kunne ha gitt Oslo vei grunnlag for å kreve erstatning for at forutsetningen om nivået for tidligere saltforbruk svikter”⁸⁸.

⁸⁸ HR-2010-1875-Veisalt dommen

Høyesterett tar til ordet for at dersom risikoen bevisst er plassert et sted, gir ikke reglene om bristende forutsetninger utslag for resultatet da det ikke finnes hjemmel for revisjon etter disse ulovfestede reglene⁸⁹.

Gulating Lagmannsrett har i sin dom av LG-1997-02010, behandlet spørsmålet om risikoplassering ved en fikssum kontrakt (avtalt fastpris). Risikoen var i denne sak relativt klart fordelt på den ene part i kontrakten, men senere forhold viste at uventede hindringer oppstod og prosjektet klart ble dyrere enn antatt. Lagmannsretten kom til at en avtale om bygging av undersjøisk tunnel ikke kunne tolkes slik at den ga grunnlag for entreprenørens krav på betaling av merkostnader i tilknytning til tunnelområde, hvor det viste seg å være store oppsprekninger i fjell, samt en sandsone⁹⁰. Kontrakten kunne heller ikke være gjenstand for etterfølgende revisjon på grunnlag av bristende forutsetninger⁹¹. Et flertall i lagmannsretten, samtlige dommere med unntak av en av de fagkyndige meddommerne, kom til at avtalelovens § 36 ikke fikk anvendelse.

Det heter i domspremissene at når det gjelder den generelle risiko, vil det i prosjekter av denne typen alltid hefte usikkerhet ved grunnforholdene. Det blotte faktum at en undersjøisk tunnel skal forsere en forkastningssone som i utgangspunktet er en geologisk svakhetsone, medfører i seg selv et risikomoment⁹². Også når det gjelder den aktuelle risikosituasjonen, var det slik usikkerhet ved opplysningene i forundersøkelsen om de geologiske forhold at entreprenøren ved den risikoregulering som ble avtalt bevisst påtok seg en ikke ubetydelig risiko for avvik i negativ retning.⁹³ Lagmannsrettens vurdering og konklusjon i ovennevnte sak ble slik;

”Som utgangspunkt legges det til grunn at det skal mye til før forhold som inntreffer etter kontraktsinngåelsen, gir grunnlag for revisjon. Dette gjelder særlig når styrkeforholdet mellom partene må sies å være likeverdig. Dessuten bør det bare være mulighet for revisjon på dette grunnlaget der de forhold som

⁸⁹ HR-2010-1875-Weisalt dommen

⁹⁰ LG-1997-02010 s. 17 i dommen

⁹¹ LG-1997-02010 s. 17 i dommen

⁹² LG-1997-02010 s. 17 i dommen

⁹³ LG-1997-02010 s. 17 i dommen

begrunner revisjonskravet, ikke med rimelighet kunne forutses på tidspunktet for inngåelsen av en kontrakt. Partene har nettopp vært oppmerksom på den forutsetning som knytter seg til grunnforholdene. Det er risikoen forbundet med denne forutsetning, grunnforholdenes beskaffenhet, partene klart og entydig har regulert i kontrakten. Det vil da ikke være adgang til kontraktsrevisjon på grunn av etterfølgende forhold, med den konsekvens at en klar risikoplassering som partene har vært seg bevisst, endres.”⁹⁴

De to dommene jeg nå har behandlet er sammenfattende og klare på at dersom det er foretatt en bevisst risikoplassering, vil adgangen til revisjon klart innskrenkes.

Tolkning

Slik jeg ser det er det ingen grunn til å ha betenkeligheter ved en avtalt risikoplassering mellom to profesjonelle kontraherende parter. Som jeg påpeker igjennom hele avhandlingen, dreier det seg i disse tilfellene om to sterke kontraherende parter, som selv bør være i stand til å ivareta sine interesser på best mulig måte, og om nødvendig innhente den nødvendige kunnskap om den aktuelle problemstillingen. Det vil være vanskelig å generelt si noe om risikoplasseringen, da tvilstilfellene og tvistene som kan oppstå i hvert enkelt tilfelle vil være så forskjellige. Men vilkåret om ”vesentlig dårligere” har vært tolket strengt i rettspraksis og juridisk teori. Dette har gode grunner for seg. Det skal ikke være enkelt å revidere en inngått avtale på det grunnlag at en part oppdager at det var mindre lurt å ha plassert risikoen på den aktuelle parten.

Konklusjon

Dersom det skal søkes endret en allerede avtalt risikoplassering, skal dette gjøres ved revisjon av avtalen. Det følger av rettspraksis at det er strenge vilkår for denne typen revisjon, og at det skal svært meget til.

⁹⁴ LG-1997-02010 s. 18 i dommen

Litteraturliste

Juridisk litteratur:

- Barbo, Jan Einar Totalentreprise- særlig totalentreprenørens
prosjekteringsrisiko,(Oslo) 1990
- Brunsvig, Per Konstruksjonsansvar ved bygging av skip, Oslo- Bergen Tromsø
1973
- Hagstrøm, Viggo Entrepriserett, utvalgte emner, Oslo 1997
- Hagstrøm, Viggo Kommentarer til NS 3401
- Heimdal, Stian Profesjonsansvaret etter NS 8401: Når foreligger
prosjekteringsfeil?(artikkel fra www.Lovdata.no)
- Hov, Jo Avtaleslutning og ugyldighet, kontraktsrett 1, Oslo 2002
- Hørlyck, Erik Totalentreprise, 2.udg, København 1994
- Lødrup, Peter Lærebok i erstatningsrett, Oslo 5. utgave 2005
- Magnussen,Giverholt og Arvesen NS 8405 med kommentarer, 3.utg, 1. opplag 2010
- Sandvik, Tore Kommentarer til NS 3401, Bergen, Oslo, Stavanger, Tromsø,
1977
- Sandvik, Tore Entreprenørrisikoen, Oslo 1966
- Urbye, Hans Jacob Kommentarer til NS 8401 og NS 8402- 2002
- Vagner, Hans Henrik Entrepriserett, 3.utg under medvirkning af Torstein Iversen
- Woxholth, Geir Jussens Venner 2000, s. 109 følgende(JV-2000-109)

Rettspraksis:

HR 2010 s.1875-Veisalt dommen

Rt 2009 s.160

Rt 2004 s.1887-Molodommen

Rt 2002 s.1155

Rt 1999 s.922-Salhusflytebro dommen

Rt 1994 s.581

Rt 1988 s.276-Røstaddommen

Rt 1968 s.783-Byggmesterdommen

Rt 1956 s.50-Gneisdommen

LG 2008-45835

LH 2007-102419

LG 1997-02010

Rg 1992 s.728

Rg 1982 s.313

Uttalelser fra departementet:

Kommunal-og regional departementets uttalelse i sak 2007/2745

Norsk standard:

NS 8407-Alminelig kontraktsbestemmelser for totalentreprise-2011

NS 3431-Alminnelig kontraktsbestemmelse for totalentreprise-2.utgave september 1994

NS 8405- Alminnelig kontraktsbestemmelse for bygg-og anleggsarbeider-2004

